

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Programa de Maestría en Derecho

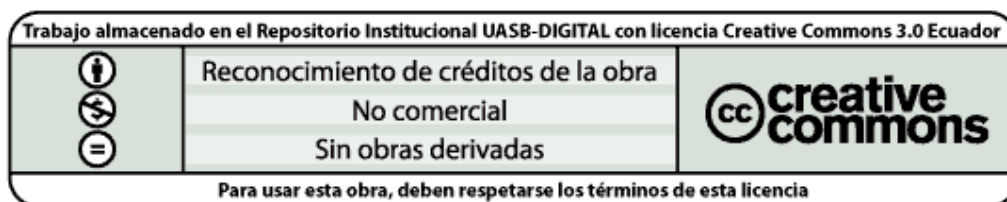
Mención en Derecho Tributario

**Problemática fiscal en torno a la naturaleza jurídica de la  
regalía minera en el Ecuador**

Autora: María del Carmen Crespo Alvear

Directora: Carmen Amalia Simone

**Quito, 2016**



### **Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis/monografía**

Yo, María del Carmen Crespo Alvear, autora de la tesis titulada “Problemática fiscal en torno a la naturaleza jurídica de la regalía minera en el Ecuador”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster de Investigación en Derecho, mención Derecho Tributario en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

a. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

b. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

c. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 26 de septiembre de 2016

Firma: .....

## Resumen

La regalía minera, cuyo cobro le permite al Estado obtener ingresos, tiene una naturaleza jurídica controvertida, lo cual en la práctica genera conflictos de diversa índole. Esta investigación busca profundizar acerca de la doctrina de los recursos públicos para desentrañar la naturaleza jurídica de la regalía minera; determinar las características que la configuran y diferenciarla de otras prestaciones patrimoniales; y analizar el régimen fiscal en el Ecuador con relación a los distintos tipos de minerales. Con este estudio se pretende evidenciar conflictos jurídicos, tanto potenciales como actuales, que surgen como consecuencia de asimilar la regalía minera a un recurso tributario, y sus posibles soluciones.

Al ser una premisa aceptada el que todos los Estados necesitan ingresos para cumplir sus fines, resulta pertinente preguntarse de dónde provienen esos ingresos o con qué medios cuentan los Estados para poder obtenerlos. Dependiendo del Estado en cuestión, y luego de analizar sus recursos públicos, la mayoría opta por la recaudación fiscal o el endeudamiento público, mientras que otros -y no de forma excluyente- deciden explotar sus recursos naturales. En el caso ecuatoriano, a partir del año 2008 se ha considerado recurrir a la explotación de minerales mediante la industrialización de la actividad minera para obtener ingresos. Los minerales son de titularidad y de dominio exclusivo del Estado, pero se permite que particulares participen del aprovechamiento de esa actividad mediante el pago de tributos, regalías, patentes y utilidades laborales atribuibles al Estado ecuatoriano.

Con relación a la regalía minera, la discusión gira entorno a si es un tributo, o si se trata de un recurso patrimonial originario fundado en un derecho de propiedad atribuible al Estado. Frente a esta interrogante, y la importancia económica que representa la actividad minera, en la presente investigación se analizan postulados doctrinarios del derecho financiero, tributario y minero; casos relevantes y la normativa vigente en el Ecuador. Se concluye que existe una posición ambigua entre las dos figuras, por lo que uno de los aportes más significativos de este trabajo investigativo gira en torno al análisis de las definiciones relativas a la institucionalidad, las potestades de control, recursos públicos, competencias, autoridades recaudadoras y parámetros de la regalía.

Palabras clave: regalía minera; tributo; recurso público; régimen fiscal, minería

## **Agradecimiento**

A Dios, por brindarme todas las oportunidades que forjan mi camino en el momento adecuado.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, en las personas de sus autoridades, personal administrativo y docentes del área de Derecho, por ser el lugar donde he tenido la suerte, no solo de formarme académicamente, sino donde todos los conocimientos adquiridos, y las experiencias vividas, me han hecho crecer de manera integral, como persona y profesional. Menciono principalmente, al Dr. César Montaña Galarza, quien con su capacidad intelectual inigualable, su ejemplo de servicio y dedicación, ha aportado en mi carrera como un verdadero mentor; así como a la Dra, Eddy de la Guerra, con quien comparto el gusto por el Derecho Financiero, cuyos brillantes aportes, me permitieron alcanzar la precisión académica deseada.

A la Dra. Carmen Simone Lasso, por ser la persona quien me apoyó desde el inicio de esta investigación, me ha ayudado a sentar las bases del presente trabajo, y con su ejemplo, a lo largo de este proceso, se ha convertido a más de una tutora, en una guía.

A mis padres, por ser quienes me impulsan día a día, son mi modelo a seguir, por su apoyo incondicional y de quienes he adquirido invaluable virtudes, de las cuales resalto la honradez, el esfuerzo, el sacrificio y la dedicación, cualidades que sin duda me han permitido alcanzar esta meta.

A Patricio José, quien con su amor, disposición y paciencia, me ha brindado la fuerza necesaria para culminar esta etapa de mi vida con éxito, haciendo de este proceso una experiencia inolvidable.

## **Dedicatoria**

A mi familia;

A los grandes maestros de mi vida, a quienes adoro y admiro:

Mi Padre, la persona alegre, inteligente y brillante,  
Mi Madre, modelo de vida, quien con su ejemplo siembra el valor de la  
responsabilidad, la verdad y la bondad

En la memoria de Ángel, quien fue un ejemplo de académico;

A Patricio José.

Para crecer hay que empezar a creer

## TABLA DE CONTENIDO

<b>Introducción .....</b>	<b>9</b>
<b>Capítulo uno .....</b>	<b>12</b>
<b>Los recursos públicos y la regalía minera .....</b>	<b>12</b>
<b>1.1 Definición de recurso público.....</b>	<b>12</b>
<b>1.2 Clasificación de los recursos públicos .....</b>	<b>16</b>
1.2.1 Recursos patrimoniales originarios.....	17
1.2.2 Recursos patrimoniales derivados.....	17
<b>1.3 Dominio de los recursos minerales .....</b>	<b>19</b>
<b>1.4 Límites de separación entre los recursos patrimoniales originarios y derivados con relación a la regalía minera. ....</b>	<b>27</b>
<b>Capítulo dos.....</b>	<b>31</b>
<b>La regalía minera.....</b>	<b>31</b>
<b>2.1 Antecedentes históricos y definición doctrinal de regalía .....</b>	<b>31</b>
<b>2.2 Tipos de regalía en relación con la materia .....</b>	<b>35</b>
2.2.1 Regalías en el Derecho de Propiedad Intelectual.....	35
2.2.2 Regalías en el Derecho Tributario Internacional .....	41
2.2.3 Regalías en el Derecho Minero.....	45
<b>2.3 Regalías de origen legal .....</b>	<b>52</b>
<b>2.4 Rasgos característicos y diferenciadores de la regalía.....</b>	<b>59</b>
<b>Capítulo tres .....</b>	<b>62</b>
<b>Régimen minero y fiscal de la regalía minera en el Ecuador.....</b>	<b>62</b>
<b>3.1 Análisis del Mandato Minero y sus repercusiones.....</b>	<b>63</b>
<b>3.2 Postulados constitucionales en relación con la actividad minera .....</b>	<b>68</b>
<b>3.3 Regulación minera en el Plan Nacional de Desarrollo.....</b>	<b>73</b>
<b>3.4 Leyes y normativa relevante para el análisis de la regalía minera.....</b>	<b>77</b>
3.4.1 Regulación en la Ley de Minería y su Reglamento .....	77
a) Minerales metálicos .....	80
b) Minerales no metálicos y materiales de construcción .....	83
c) Materiales áridos y pétreos .....	84
3.4.2 Regulación en el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización .....	84
a) Ordenanzas en las que existe un apartado especial para el tema de regalías... ..	87
b) Ordenanzas que regulan en conjunto regalías y tasas municipales de explotación de áridos y pétreos.....	90
<b>3.5 Derecho comparado acerca de la regalía minera .....</b>	<b>96</b>
3.5.1 La regalía minera en Bolivia .....	96
3.5.2 La regalía minera en Chile .....	97
3.5.3 La regalía minera en Perú.....	99
<b>3.6 Problemas y propuestas de solución en torno al régimen fiscal de la regalía minera.....</b>	<b>100</b>
3.6.1 Desconocimiento de toda la capacidad minera en el Ecuador para analizar la pertinencia de la inversión.....	100
3.6.2 Dispersión normativa.....	101
3.6.3 Falta de desarrollo normativo sobre las regalías en especie.....	102

3.6.4 Asimilación de la regalía minera con tributo a partir de la Ley de Minería...	103
3.6.5 Confusión entre la regalía minera proveniente de la explotación de minerales metálicos y tributo.....	105
3.6.6 Asimilación de la regalía minera proveniente de la explotación de áridos y pétreos con figuras tributarias .....	106
3.6.7 Errores en el ámbito presupuestario .....	107
3.6.8 Conflicto frente a la vía de resolución de controversias.....	108
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>110</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>114</b>
<b>Publicaciones .....</b>	<b>114</b>
<b>Normativa .....</b>	<b>118</b>
<b>Fallos.....</b>	<b>121</b>



## Introducción

Al igual que un buen padre de familia se preocupa por el bienestar y el desarrollo íntegro de su núcleo familiar, todo Estado debe preocuparse por la satisfacción de ciertas necesidades de sus ciudadanos mediante el efectivo cumplimiento de diversos postulados, que en el caso ecuatoriano se encuentran plasmados en su Constitución de la República del año 2008. Tanto el padre de familia como los Estados son administradores que deben buscar la mejor forma de generar ingresos para hacer efectivos sus planes futuros, cumpliendo así con sus obligaciones. La planificación y las decisiones que ellos tomen repercuten de manera directa en sus administrados, con la diferencia que el primero debe velar por un número reducido de personas, en comparación con el número de ciudadanos por los que debe preocuparse el Estado.

Las formas en las que las personas obtienen ingresos son diversas, siendo el empleo una de las fuentes más comunes a través de la cual configuran su renta. Si bien el Estado cuenta con servidores públicos y es común escuchar que ellos trabajan para el Estado, esto no quiere decir que ellos generen ingresos para éste; al contrario, el salario que perciben se considera como un gasto que el Estado debe prever en su presupuesto. Los Estados al no contar con una actividad equivalente al *empleo* para generar ingresos, cuentan con otras fuentes que les permiten obtener liquidez, fundamentado en que “el Estado obtiene ciertos ingresos que le permiten realizar los gastos necesarios para procurar servicios a la población en cumplimiento de su misión de promover el bienestar general.”<sup>1</sup>

Dependiendo del Estado en cuestión, y luego de analizar los recursos públicos con los que cuenta, la mayoría opta por la recaudación fiscal o el endeudamiento público, mientras que otros -y no de forma excluyente- deciden explotar sus recursos naturales. Con relación al caso Ecuatoriano, su mayor fuente de ingresos se encuentra en la simultánea explotación de recursos naturales y recaudación de tributos. Con el advenimiento de la Constitución más reciente, en concordancia con el Plan Nacional para el Buen Vivir, el Ecuador ha manifestado su intención de cambiar su matriz productiva con el fin de disminuir la dependencia en la explotación petrolera. Para cumplir con este postulado, -paradójicamente a pesar del reconocimiento de los

---

<sup>1</sup> Héctor Villegas, *Manual de Finanzas Públicas* (Buenos Aires: DEPALMA, 2000), 70.

derechos de la naturaleza realizado por parte del Estado ecuatoriano-<sup>2</sup>, éste ha decidido recurrir a otro de sus recursos naturales no renovables a través de la industrialización de la actividad minera.<sup>3</sup>

Los recursos minerales sin duda permiten a los Estados obtener ingresos de diferentes en formas, pudiendo hacerse mención a su explotación, utilización y/o comercialización. Para viabilizar aquellos ingresos, es necesario que concurren varias circunstancias que deben ser analizadas; entre ellas, la titularidad de dominio de los minerales, el nivel de desarrollo tecnológico de cada país, así como la normativa que regula la materia.

A diferencia de otros países, en el Ecuador los minerales son de titularidad y de dominio exclusivo del Estado, sin embargo, se permite que particulares co-participen del aprovechamiento de esa actividad mediante el pago de tributos, regalías, patentes y de las utilidades laborales atribuibles al Estado.

Con relación a la regalía minera, a nivel mundial existe una discusión acerca de si es un tributo, o si se trata de un recurso público originario fundado en un derecho de propiedad atribuible al Estado. A este debate le subyacen de manera latente repercusiones económicas provenientes de la actividad minera, así como un sin número de problemas fiscales. El descartar la idea de que una regalía sea un tributo, debe resolverse con el objetivo principal de brindar seguridad jurídica, y propiciar un correcto desarrollo normativo de las actividades estatales, así como de la inversión extranjera.

Para poder dar mayor contenido al debate, y analizar la problemática fiscal que se suscita en torno a la regalía minera en el Ecuador; en la presente investigación se abordarán planteamientos doctrinarios relevantes acerca de los recursos públicos, a continuación se determinarán las características que configuran a la regalía minera y

---

<sup>2</sup> *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. séptimo, “Derechos de la Naturaleza”, art. 71. En adelante se la denominará como Carta Magna, la Constitución o la Constitución de la República. A partir de su aprobación en el año 2008 se transformó no solo la organización del Estado, sino entre las tantas innovaciones introducidas, una que las que más se ha llevado a debate son los denominados Derechos de la Naturaleza. Bajo este postulado se ha reconocido a la naturaleza, o a la Pacha Mama como un sujeto de derechos, otorgándole así, un status jurídico distinto al que se le venía dando. En el presente ensayo no se hará alusión al análisis de los efectos del mencionado reconocimiento y la minería, al no ser el objeto de la investigación.

<sup>3</sup> Secretaría Nacional de Planificación, “*Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017*”, <http://www.buenvivir.gob.ec/objetivo-11.-asegurar-la-soberania-y-eficiencia-de-los-sectores-estrategicos-para-la-transformacion-industrial-y-tecnologica#tabs2>. Objetivo 11.2: “Industrializar la actividad minera como eje de la transformación de la matriz productiva, en el marco de la gestión estratégica, sostenible, eficiente, soberana, socialmente justa y ambientalmente sustentable.”

atienden a su naturaleza jurídica, y finalmente se analizará el régimen fiscal minero en el Ecuador. Con este análisis se podrá confirmar el hecho de que una regalía minera, al originarse de un contrato que nace de un acuerdo de voluntades, deviene que entre los suscriptores nazcan obligaciones mutuas, por lo que son exigibles prestaciones correlativas. El supuesto de que mediante ley se disponga el porcentaje a pagar de una regalía minera, no puede convertir a esta figura en un tributo ya que esa asimilación contraviene principios jurídicos, y en la práctica varios conflictos.

Resulta pertinente aclarar que de acuerdo a la teoría del Derecho Financiero Público la utilización del término fiscal no es sinónimo de tributo. Siguiendo esa posición, y por rigor académico, en este trabajo se entiende al término fiscal bajo un concepto, que si bien incluye a los tributos, también abarca otras prestaciones patrimoniales públicas como se explica posteriormente.

## **Capítulo uno**

### **Los recursos públicos y la regalía minera**

Es una premisa de común conocimiento -y que goza de acuerdo doctrinario- el que todos los Estados necesitan ingresos para cumplir sus fines. Al ser esta afirmación cierta, es necesario preguntarse de dónde provienen los ingresos o con qué medios cuentan los Estados para obtenerlos. En el caso de la regalía minera, mediante su cobro se adquieren ingresos para el Estado, no obstante, resulta fundamental entender de qué recurso público proviene.

Todo el proceso de planificación presupuestaria requiere que las personas encargadas de ello conozcan a profundidad cada rubro que deberá ser consignado como gasto, así como los ingresos con los que cuenta el Estado. No obstante, previo a la elaboración del Presupuesto General de los Estados, es imperioso conocer los recursos públicos estatales para poder regular su utilización de manera correcta. Entre esos recursos se encuentran los recursos naturales no renovables. A nivel mundial, la explotación de recursos naturales no renovables, como los recursos minerales, tiene como objetivo la obtención efectiva de ingresos mediante diversos mecanismos, siendo uno de ellos, el pago de regalía mineras.

Con el fin de determinar el recurso público del que proviene la regalía minera, el presente Capítulo iniciará con la definición de recurso público (1.1); posteriormente se hará referencia a una de las clasificaciones relevantes de los recursos públicos (1.2); a continuación se profundizará acerca del desarrollo histórico del dominio de los recursos minerales (1.3); y se concluirá con la importancia de diferenciar los límites de separación entre los recursos patrimoniales y tributarios (1.4).

#### **1.1 Definición de recurso público**

En la cotidianeidad de las relaciones interpersonales se utilizan de manera indistinta las frases “carente de *recursos*” o “carente de *ingresos*” para referirse a una situación de pobreza o falta de liquidez. Esta asimilación de términos, que para la

mayoría de personas puede no tener mayores connotaciones, en el contexto jurídico cobra mayor relevancia, por lo que la falta de precisión terminológica acarrea varias controversias tanto de índole doctrinario como pecuniario. El autor Carrió menciona que “la mayor parte de las agudas controversias que, sin mayor, beneficio, agitan el campo de la teoría jurídica, deben su origen a ciertas peculiaridades del lenguaje y a nuestra general falta de sensibilidad hacia ellas.”<sup>4</sup> A su vez, el mentado autor, en su análisis hace referencia a que varias pseudo-disputas son originadas a consecuencia de equívocos verbales, considerando principalmente que el significado de una palabra depende de una convención.<sup>5</sup>

Por razones de precisión académica es relevante hacer las siguientes aclaraciones del término recurso público, considerándolo dentro del ámbito de las finanzas públicas, específicamente en el área de estudio del derecho financiero público. Para ello es pertinente delimitar la materia de estudio, en virtud de que varios autores<sup>6</sup> han aportado con un concepto que busque abarcar los aspectos económicos, jurídicos y políticos de la ciencia financiera, no obstante, del análisis que realiza el autor Villegas sobre el tema, menciona que a su entender, la autora Hinks desarrolla una de las definiciones más acertadas sobre la materia. Para ella, “el contenido de la ciencia financiera es el examen y evaluación de todos métodos mediante los cuales el Estado obtiene fondos necesarios para llevar a cabo sus propósitos, y de los métodos por los cuales mediante los gastos provee a la satisfacción de necesidades.”<sup>7</sup>

El autor citado también presenta un concepto, y define a la ciencia de las finanzas públicas como “el estudio valorativo de cómo y por qué el Estado obtiene sus ingresos y hace erogaciones, examinando sintéticamente los distintos aspectos del fenómeno financiero, especialmente económicos, políticos y jurídicos.”<sup>8</sup> Para él estos aspectos son los tres vértices fundamentales para el desarrollo de esta ciencia, considerando que el aspecto económico se relaciona con los medios que se utilizan, el político con los fines del Estado y el jurídico por la forma en que actúa y por estar regulada mediante normas jurídicas.<sup>9</sup>

Este último ámbito configura la rama del Derecho Financiero, teniendo en

---

<sup>4</sup> Carrió Genero, *Notas sobre derecho y lenguaje* (Argentina: Abeledo-Perrot, 1979), 91.

<sup>5</sup> *Ibíd.* 92-5.

<sup>6</sup> Véase en Villegas, *Manual de Finanzas Públicas*, 75

<sup>7</sup> Villegas, *Manual de Finanzas Públicas*, 75.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, 76.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, 72.

cuenta que “pertenece al derecho público y se constituye por el conjunto de normas que disciplinan los recursos públicos, la gestión, y la consecuente erogación de los mismos.”<sup>10</sup> Es importante a su vez diferenciarlo del sistema financiero privado, ya que, este último se relaciona con la actividad que realizan los bancos, las transacciones en la bolsa de valores, entre otros, y su “regulación corresponde al Derecho privado (civil y mercantil) y al Derecho Administrativo (en cuanto a los controles y a la intervención pública en ese ámbito).”<sup>11</sup>

Con esta puntualización, se debe partir del hecho de que todos los Estados obtienen los mismos ingresos, entendidos de manera general a éstos como todo flujo monetario de la tesorería del Estado. Para el autor Valdés Costa, “los ingresos financieros son las entradas en la tesorería del Estado para el cumplimiento de sus fines, cualquiera sea su naturaleza económica o jurídica.”<sup>12</sup> Sin embargo, no todos los Estados cuentan con los mismos medios para obtener ingresos, es decir, no cuentan con los mismos recursos. Si bien varios autores<sup>13</sup> -al igual que en las relaciones interpersonales- asimilan los términos ingresos públicos del Estado con recursos públicos, esto es parcialmente incorrecto, por lo que para este trabajo se adoptará un concepto a partir de las definiciones planteados por autores que sí realizan una diferenciación.

El autor Villegas los considera como “aquellas riquezas que se devengan a favor del Estado para cumplir sus fines y que en tal carácter ingresan en su tesorería.”<sup>14</sup> Por otra parte el autor Falcón Tella menciona que “son institutos jurídicos, es decir un conjunto de normas configuradas de modo unitario sobre la base [de] una idea organizativa común.”<sup>15</sup> El autor Jarach, por su parte menciona que constituyen recursos del Estado “los procedimientos mediante los cuales el mismo logra poder de compra necesario para efectuar las erogaciones propias de la actividad financiera.”<sup>16</sup>

En palabras de la autora De la Guerra, ella los define siguiente manera:

Los recursos públicos son todas las fuentes a las cuales el Estado puede

---

<sup>10</sup> José Vicente Troya, “De la actividad financiera y las ciencias que ellas tratan”, En *Manual de Derecho Tributario* (Quito: Documento actualizado a Agosto 2011 en versión digital sin publicar, 1997), 13.

<sup>11</sup> Ramón Falcón Tella, *Derecho Financiero y Tributario (parte general)*, (Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2013), 13.

<sup>12</sup> Ramón Valdés Costa, *Curso de Derecho Tributario* (Bogotá: Edit. Temis S.A,1996),1.

<sup>13</sup> Véase en Villegas, *Manual de Finanzas Públicas*, 153-5.

<sup>14</sup> Villegas, *Manual de Finanzas Públicas*, 155.

<sup>15</sup> Falcón Tella, *Derecho Financiero y Tributario (parte general)*, 18.

<sup>16</sup> Jarach, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 221.

recurrir, sean estas públicas o privadas, ordinarias o extraordinarias, patrimoniales o no patrimoniales, reembolsables o no reembolsables, con o sin contraprestación, que se constituyen como ingresos propiamente dichos cuando económicamente y monetariamente se encuentran a plena disposición del Estado para efectuar sus erogaciones necesarias.<sup>17</sup>

De las definiciones planteadas los recursos públicos son instituciones -jurídicas o con connotación jurídica-, los cuales, a partir de un procedimiento determinado, ingresan al tesoro del Estado, y la riqueza que representan, sirve para que éste pueda cumplir sus fines. En este sentido “mientras que [el recurso] se compone de todas las fuentes para efectos de solventar el gasto público; los ingresos propiamente dichos son las efectivas recaudaciones, aquellas entradas que siendo parte o no del presupuesto se acreditaron a cuenta del Estado para satisfacer necesidades públicas.”<sup>18</sup>

Así, dependiendo de los tipos de recursos públicos, los cuales de manera potencial representan la posibilidad de un ingreso futuro, deberá el Estado determinar cuál es el que requiere para obtener de manera real -o percibida- una suma de dinero que ingrese a su tesorería y le permita financiar sus gastos. Bajo estas razones es que previamente se mencionó que el asimilar *recurso* con *ingreso* es parcialmente incorrecto debido a que a un recurso se lo pudiera considerar como un ingreso futuro en potencia.

Puntualizado el concepto de recurso público, previo a continuar con la clasificación de los recursos públicos, vale recalcar que los recursos con los que cuentan los Estados son diversos. Entre ellos se puede mencionar a los siguientes: 1) recursos patrimoniales, pudiendo éstos subclasificarse en recurso natural no renovable, recurso natural renovable, patrimonio público de uso privado (renta mobiliaria e inmobiliaria); 2) poder tributario, en donde se hace alusión a recursos tributarios; 3) poder financiero como los precios públicos; 4) poder crediticio; 5) poder monetario; y 5) poder sancionatorio.

De todos los recursos mencionados, cada Estado tiene la potestad de determinar a cual recurre para obtener los ingresos que deberán utilizarse según sus previsiones en un presupuesto general que detalle correlativamente los gastos públicos. Al ser recursos con los que ya cuenta el Estado, los funcionarios públicos solamente encontrarán limitaciones para su explotación en la normativa interna, especialmente

---

<sup>17</sup> Eddy de la Guerra, *El Rol de los Ingresos Tributarios en las Finanzas Públicas Ecuatorianas* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013), 33-4.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, 33.

en las constituciones de cada país.

Es importante comprender qué se entiende por recurso público, ya que permite diferenciarlo, no solo del ingreso, sino también del gasto público, siendo “el proceso de determinación de ambos [ gastos/recursos ] muy complejo y se desarrolla a través de cotejos múltiples de utilidades y sacrificios: o sea, utilidades y [sic. desutilidades] según el método de comparaciones marginales de acuerdo con las escalas de prioridades de gastos y recursos.”<sup>19</sup> La complejidad y tecnicidad del proceso requiere un alto grado de especificidad que busca no solo brindar servicios públicos y satisfacer necesidades apremiantes, sino también alcanzar eficiencia en la utilización de recursos que en su mayoría son escasos.

## **1.2 Clasificación de los recursos públicos**

Delimitado el concepto de recurso público, resulta relevante analizar la clasificación de los mismos con el objetivo de conocer cuál es el que da origen al cobro de una regalía minera. Autores como Jarach,<sup>20</sup> Villegas<sup>21</sup> y Ahumada<sup>22</sup> coinciden en que no es posible realizar una sola tabla en la que se incluyan todas las clasificaciones de recursos públicos posibles. No obstante, mencionan que de manera didáctica se pueden englobar ciertos tipos de recursos por categorías con el fin de resolver cuestiones de hecho en relación a las semejanzas y diferencias de cada uno. Del sinnúmero de clasificaciones que existen, por la pertinencia para este trabajo se analizará solamente la clasificación de los recursos por el origen de la fuente económica,<sup>23</sup> encontrándose recursos patrimoniales originarios [1.3.1], y recursos patrimoniales derivados [1.3.2].

---

<sup>19</sup> Jarach, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 221.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, 221-2.

<sup>21</sup> Villegas, *Manual de Finanzas Públicas*, 159-161.

<sup>22</sup> Guillermo Ahumada, *Tratado de Finanzas Públicas*, tomo I, 4a. ed. (Argentina: Plus Ultra, 1968), 184.

<sup>23</sup> Jarach, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 223. “La clasificación de recursos originarios y derivados se identifica parcialmente con la clasificación de los recursos patrimoniales y tributarios”, por lo que ciertas características de esa categoría serán incluidas en la clasificación utilizada en este trabajo.



### 1.2.1 Recursos patrimoniales originarios

El Estado cuenta con recursos originarios que “proviene de los bienes patrimoniales del Estado o de diversos tipos de actividades productivas realizadas por éste.”<sup>24</sup> Es necesario mencionar que “dentro del concepto de patrimonio público, a diferencia del patrimonio privado, no se incluye el dinero, ni los créditos derivados de otros recursos de la Hacienda pública.”<sup>25</sup> Se denominan originarios porque los bienes le pertenecen al Estado, o los servicios son prestados por él a cambio de un precio.

Dentro del primero grupo se hace referencia al patrimonio del Estado, y son los recursos que permitirán obtener ingresos a consecuencia de su aprovechamiento económico.<sup>26</sup> En esta categoría se encuentran: a) los recursos naturales no renovables como yacimientos mineros o hidrocarbúricos, los cuales generan ingresos a consecuencia de su explotación; b) los recursos naturales renovables como exportaciones de productos agrícolas; c) el patrimonio público de uso privado de renta mobiliaria o de renta inmobiliaria, mediante el pago al Estado de un precio por el que puede vender -en casos excepcionales- o regular su utilización (siempre que la legislación lo permita).

Con relación al segundo grupo, el Estado puede recibir ingresos a consecuencia de la prestación de servicios por parte de una empresa pública, o mixta.<sup>27</sup> Dentro de las rentas inmobiliarias provenientes del patrimonio público de uso privado, autores como Villegas, hacen mención a “las rentas provenientes de bienes que el Estado conserva en propiedad, como por ejemplo, arrendamiento de tierras públicas, explotación de bosques, concesión minera.”<sup>28</sup>

### 1.2.2 Recursos patrimoniales derivados

Los recursos derivados “son aquellos que las entidades públicas procuran mediante contribuciones provenientes de las economías de los individuos

---

<sup>24</sup> Villegas, *Manual de Finanzas Públicas*, 162.

<sup>25</sup> Falcón Tella, *Derecho Financiero y Tributario (parte general)*, 19.

<sup>26</sup> Jarach, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 225.

<sup>27</sup> La efectividad del cobro de este precio público es discutido por la compatibilidad que puede o no darse entre la finalidad de las empresas -lucro- y la prestación de un servicio público.

<sup>28</sup> Villegas, *Manual de Finanzas Públicas*, 167.

pertenecientes a la comunidad”<sup>29</sup> o que “son extraídos del patrimonio ajeno por el poder de imperio del Estado.”<sup>30</sup> En esta categoría suele incluirse a los recursos del poder tributario, crédito, y en ciertos casos, del poder sancionatorio.

En relación a los recursos crediticios, algunos autores los incluyen en razón de que para que el Estado pueda cumplir con el pago de intereses y amortizaciones adeudadas, debe recurrir a su poder tributario para crear tributos para recaudar fondos y poder cancelarlos.

Por otra parte, de los rubros que se recaudan en virtud de la facultad sancionadora parece no haber acuerdo de si provienen o no de un recurso. Para autores como Falcón Tella, el régimen de infracción no puede considerarse como recurso, ya que la finalidad de la sanción no es el obtener ingresos.<sup>31</sup> Esta visión no considera la realidad práctica de que el resultado de la imposición de sanciones es el ingreso de dinero a las arcas fiscales, sin embargo es conceptualmente defendible, puesto que no se puede cuantificar anticipadamente el ingreso por multas. Por el contrario, el doctrinario Ahumada, incluye a las multas y las penalidades dentro de los recursos derivados, y comenta que “no solo las leyes tributarias contienen sanciones pecuniarias penales; la inobservancia de muchas otras disposiciones formales o de fondo, pueden traducirse también en sanciones de carácter pecuniario y representan desde este punto de vista la sanción, un recurso fiscal.”<sup>32</sup>

La inclusión de los recursos tributarios en esta categoría cuenta con absoluto acuerdo doctrinario y constituye la mayor -y más común- fuente de ingresos de los Estados. Se los define como “recursos (conjunto de normas) que delimitan o definen un presupuesto de hecho, normalmente demostrativo de capacidad económica, cuya realización origina una obligación de dar dinero [preferiblemente] con la finalidad de cubrir los gastos públicos.”<sup>33</sup> A pesar de que en la legislación ecuatoriana no exista una definición de tributo, acudo el autor Troya, para quien un tributo es “una prestación exigida unilateralmente por el Estado a los particulares para solventar el gasto público, en virtud de su potestad de imperio, derivada de la soberanía, la misma que radica en el pueblo y se ejercita por medio de sus representantes.”<sup>34</sup> El mentado autor a su vez

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*, 162.

<sup>30</sup> Jarach, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 223.

<sup>31</sup> Falcón Tella, *Derecho Financiero y Tributario (parte general)*, 17.

<sup>32</sup> Ahumada, *Tratado de Finanzas Públicas*, 216.

<sup>33</sup> Falcón Tella, *Derecho Financiero y Tributario (parte general)*, 18.

<sup>34</sup> José Vicente Troya, *Los tributos y sus clases* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sin publicar, versión digital, 2011), 2.

menciona que el deber de contribuir ha evolucionado y se sustenta en último término en la solidaridad.<sup>35</sup>

Figuras clásicas que se desprenden de los recursos tributarios en forma de subcategorías son: impuestos, tasas y contribuciones especiales; no obstante el autor Jarach también incluye a los empréstitos forzosos, los recursos parafiscales, y las regalías al sector público debido a que a su criterio en ellos también se destaca un fin público y el carácter coercitivo del Estado.<sup>36</sup> Con relación a estas tres últimas figuras existe aún debate si se las debe o no considerar tributos. Para el caso de las regalías al sector público, específicamente la regalía minera, al ser el objeto del presente análisis se las estudiará a mayor profundidad en el Capítulo II.

### **1.3 Dominio de los recursos minerales**

A la propiedad minera le amparan varios principios doctrinarios que permiten definir el dominio especial minero, que en un último término responden a la interrogante de a quién le corresponde la propiedad de las minas y sus beneficios. El desarrollo de la noción *dominio*, y su diferenciación entre dominio público y privado, a criterio del autor Marienhoff es de antigua data.<sup>37</sup> El surgimiento de la idea de dominio público se asocia al momento de aparición de las primeras comunidades humanas.<sup>38</sup> Con el nacimiento de las comunidades rurales surgen los derechos de la unión, que deben respetarse de manera paralela, a los derechos individuales.

Conforme han evolucionado las formas de organización del Estado, la definición de dominio público ha variado. De manera general, existe un acuerdo doctrinario de quienes lo entienden como “un conjunto o suma de bienes sometido a un régimen jurídico especial, distinto del que rige los bienes del dominio privado.”<sup>39</sup> Por lo tanto, resulta relevante determinar el tipo de bien al que se hace alusión, en este caso las minas, para poder determinar el régimen que gobierna el dominio. No

---

<sup>35</sup> *Ibíd.*

<sup>36</sup> Jarach, *Finanzas Públicas*, 235.

<sup>37</sup> Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo V (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988), 23.

<sup>38</sup> *Ibíd.*, 26

<sup>39</sup> *Ibíd.*, 38.

obstante, es necesario tener presente que al ser conceptos jurídicos, su contenido dependerá no solo de la doctrina jurídica, sino de la voluntad del legislador.

Los derechos y principios que rigen el sistema de dominio de las minas se han modificado con el tiempo. Es así que mientras en Atenas se atribuía la titularidad de dominio de las Minas al Estado, en Roma se inicia el sistema fundiario, mediante el cual el propietario de la superficie del terreno es el dueño de las minas.<sup>40</sup> En este último caso se hace referencia a una unidad entre suelo y subsuelo, el cual sustenta la teoría de la accesión; mientras que en el primero se distingue y separa la propiedad del suelo y subsuelo, dando lugar a la teoría de la separación.

El sistema fundiario o de accesión atribuye a los propietarios de la superficie del suelo el dominio de los yacimientos mineros y de los minerales. “En este sistema se confunden los elementos de la superficie y del subsuelo, resultando el yacimiento contenido en el subsuelo parte accesoria de la superficie.”<sup>41</sup> Bajo esta teoría, que rigió principalmente en el siglo XVIII por ser más conveniente para los señores feudales, los elementos de la superficie y el yacimiento del subsuelo constituyen una unidad.

Quienes defendían esta teoría entendían que era la más adecuada para la explotación económica, en virtud de que la tierra era la fuente primaria de la riqueza.<sup>42</sup> Cualquier incremento que se produzca, ya sea por la naturaleza o por el esfuerzo del hombre, le corresponde al propietario del bien principal. Se argumentaba que los yacimientos mineros no constituyen un bien individual, puesto que por derecho natural, las minas -tanto del subsuelo como de la superficie-, al ser accesorias, debían seguir la suerte del bien principal que resultaba ser el suelo. Esta premisa se sustentaba en el principio del Derecho Romano, *accessorium cedit principali*, que posteriormente se transformó en el precepto latino *qui dominus est soli, dominus est coeli et inferium*<sup>43</sup>, por el que se entiende que quien es dueño del suelo, lo es también del cielo y del subsuelo.<sup>44</sup>

Dos grandes críticas se han realizado a esta teoría. La primera, en razón de que no existe prueba científica ni técnica para demostrar que el subsuelo es accesorio al suelo; y la segunda de carácter económico, ya que considerando la envergadura de las

---

<sup>40</sup> Ramón Parada, *Derecho Administrativo III: Bienes públicos; Derecho Urbanístico*, 12a. ed. (Madrid: Marcial Pons, 2013), 199.

<sup>41</sup> Martín Belaunde, *Derecho minero y concesión*, 2a. ed. (Perú: San Marcos, 2007), 18.

<sup>42</sup> *Ibíd.*

<sup>43</sup> Claudio Sanjinés, *Curso de derecho minero: introducción al estudio de la legislación comparada* (La Paz: Imprenta Artística, 1940), 20.

<sup>44</sup> Víctor del Barco Carrillo, *Tributación Minera* (La Paz: Azul Editores, 2006), 18.

actividades mineras, es poco probable que un agricultor pueda emprender en ambas actividades. Debatible resultaría también el asignar la actividad minera al antiguo concepto de la riqueza del suelo, en la medida que la explotación de la tierra tiene tradicional conexión precisamente con la actividad agrícola.

En la actualidad esta teoría rige en países del *common law* o de derecho anglosajón como Gran Bretaña, Australia, Estados Unidos y Canadá. Para el caso de los Estados Unidos, el propietario de la tierra es dueño de los minerales, pudiendo configurarse diversas operaciones comerciales. Es necesario recalcar que el petróleo y el gas son considerados minerales, por lo que pueden ser comercializados de manera separada del suelo de la superficie.<sup>45</sup> De manera paralela al sistema de accesión, coexisten otras formas de adquirir la propiedad como la ocupación, pero de forma limitada, conforme la regla de la captura (*rule of capture*)<sup>46</sup>, o las tierras que han sido declaradas públicas que no tienen y no pueden tener un propietario particular distinto al Estado.

De manera contraria a la teoría de la accesión, se presenta la teoría de la separación. Bajo esta teoría, el dominio de los yacimientos mineros se considera como un derecho distinto del derecho de propiedad del suelo superficial. Se otorga un valor distinto al terreno y al subsuelo. A partir de esta concepción, se originan otros sistemas como el de la ocupación, regaliano y dominial.

El sistema de ocupación, también conocido como *res nullius* por su similitud en cuestiones prácticas, otorga el derecho de propiedad de la mina a la persona que la descubre. “La mina es de quien primeramente la registra y prueba su existencia,”<sup>47</sup> por lo que se la considera como un modo originario de adquirir el dominio, ya sea porque el bien mueble o inmueble carece de dueño o es abandonado. Para cierto autores como Messineo, quien es citado por Del Barco Carrillo, considera que “el fundamento de la ocupación está en el principio de que la cosa de nadie (o abandonada) cede al primer

---

<sup>45</sup> Robert Kratovil, *Real Estate Law* (New York: Prentice-Hall Inc., 1946), 4.

<sup>46</sup> Corte Suprema de Texas, *Caso Brown v. Humble Oil & Refining Co.*, (12 de Junio de 1935). La regla de captura o *rule of capture* otorga el derecho al dueño del terreno de explotar todo el petróleo y gas que transita por su suelo y es un derecho de propiedad. Solo está limitado por la posibilidad física del propietario del terreno colindante de apropiarse también del petróleo y el gas que fluye por su tierra mediante el ejercicio también del derecho de captura. Esta regla se generó a consecuencia de un fallo en el que se asimilaba la movilidad del petróleo con la de un ciervo que se mueve de propiedad en propiedad hasta que es capturado por el dueño de la tierra en que transita. Los tribunales -trabajando por analogía con los conflictos entre copropietarios- determinaron que la propiedad del petróleo y del gas en su estado natural no existía, por lo que sólo se haría efectiva al momento en el que se tome posesión física de ellos.

<sup>47</sup> Parada, *Derecho Administrativo III: Bienes públicos; Derecho Urbanístico*, 200.

ocupante: es un poder de apropiación que corresponde en razón de la ausencia de un anterior propietario.”<sup>48</sup>

Al tener el sistema de la ocupación y de la *res nullius* sus bases doctrinarias en el derecho civil, es necesaria la concurrencia de ciertos requisitos como la posesión física y pacífica del bien que carece de dueño, más el ánimo de hacerse dueño de manera exteriorizada. No se puede confundir a estos sistemas con la apropiación, que consiste solamente en un acto material de aprehensión, mientras que los sistemas señalados son hechos jurídicos reconocidos en la legislación interna de cada Estado.

Para aplicar el sistema de ocupación, al momento en que se configuran los elementos necesarios, el dominio de la propiedad minera debe ser reconocido por la sociedad, en donde el Estado tiene la facultad de reconocer el derecho que proviene del derecho natural, sin que este pueda fiscalizar de manera posterior. Por otra parte el sistema de *res nullius* propuesto por Dalloz, y analizado por Del Barco Carrillo, consiste en la concepción de que “es el Estado el ente encargado de adjudicar la concesión minera a quien solicite.”<sup>49</sup> Se atribuye este poder ya que el Estado personifica a la colectividad y debe velar por el interés general, por lo que otorgará la concesión solamente a los individuos que considere capaces de explotar las minas y reúnan las condiciones que determine la ley.

Quienes se adherían a esta corriente, consideraban que “la propiedad del suelo estaba limitada a la realización de labores estrictamente superficiales sin poder alcanzar a las sustancias que se hallan ubicadas en el subsuelo y que estaban reservadas para el descubridor de dichas sustancias, en el que además del descubrimiento se apropiaba de ellas por la ocupación del yacimiento minero.”<sup>50</sup>

Por otra parte existieron críticos de esta corriente, quienes atacaban el hecho de cómo podría limitarse la extensión del yacimiento minero descubierto, cuál sería el momento de verificación de la ocupación, y el alcance del derecho de propiedad. A criterio del autor Belaunde, “este sistema en su modalidad más simplista o rudimentaria, no ha regido en ningún país del mundo por los graves problemas que

---

<sup>48</sup> Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo III. (Buenos Aires: EJE, 1954), 338, citado por Víctor del Barco Carrillo, *Tributación Minera*, 23.

<sup>49</sup> Víctor del Barco Carrillo, *Tributación Minera*, 26. Existe una crítica a este planteamiento, ya que no se entiende como puede el Estado otorgar una concesión de algo que no le pertenecía, violándose el axioma jurídico que nadie puede transferir lo que no posee.

<sup>50</sup> *Ibíd.*, 24.

ocasiona.”<sup>51</sup> No obstante, países de influencia germánica como Alemania, Dinamarca y Grecia sientan sus bases jurídicas en este sistema.<sup>52</sup>

En la Edad Media surge el sistema regaliano, el cual también diferencia la propiedad del suelo, con la del subsuelo. En un inicio se atribuye al monarca la propiedad de los minerales, ejerciendo sobre aquella propiedad las siguientes facultades: “a) determinar el destino de la propiedad subterránea atribuyendo el derecho de explotación a determinadas personas, b) vigilar su explotación en relación con el orden público, la conservación del suelo y la seguridad de los obreros; c) percibir un tributo sobre los productos obtenidos por el explotador de la mina.”<sup>53</sup> En el derecho francés, a partir de la Revolución Francesa, se transfieren en primera instancia los derechos de la corona a los propietarios del suelo; sin embargo, al encontrarse las minas sin control y sin producción, a partir de 1810 el Gobierno se encarga de las concesiones mineras. El concesionario tenía la obligación de pagar una suma por concepto de indemnización al propietario por sus derechos, así como por daños y perjuicios. Por otra parte también debía cancelar un canon fijo al Estado que se consideraba una contribución territorial.<sup>54</sup>

El sistema regalista actualmente se puede entender como “la facultad del Estado de otorgar las concesiones mineras, y obtener, como consecuencia de la adjudicación minera, las retribuciones que exige a los mineros, por medio del pago de tributos (antiguamente denominado regalías, como un privilegio o una prerrogativa del monarca o el rey), por la disminución patrimonial que experimenta el yacimiento minero o depósito de minerales por efecto de su explotación; hecho que ocasiona un empobrecimiento del patrimonio del Estado por la merma del yacimiento minero o el depósito de minerales.”<sup>55</sup>

El sistema dominialista a su vez “atribuye el dominio originario de los recursos mineros y petroleros a la colectividad representada por el Estado, para lo cual distingue entre el propietario del terreno superficial y los yacimiento subyacentes.”<sup>56</sup> Recalco como hecho diferenciador respecto del sistema regaliano, en el cual se exige un pago -regalía- a favor del propietario de las minas que es el rey, el soberano, o el monarca

---

<sup>51</sup> Belaunde, *Derecho minero y concesión*, 21.

<sup>52</sup> Parada, *Derecho Administrativo III: Bienes públicos; Derecho Urbanístico*, 201.

<sup>53</sup> *Ibíd.*, 199.

<sup>54</sup> *Ibíd.*, 200.

<sup>55</sup> Del Barco Carrillo, *Tributación Minera*, 32.

<sup>56</sup> Belaunde, *Derecho minero y concesión*, 22.

concedente de la explotación a particulares, que en el sistema dominialista se reconoce ese derecho al Estado.

Si bien bajo el sistema dominialista las minas pertenecen de modo originario al Estado, la extensión y límites de dominio dependen de cada ordenamiento jurídico. De las limitaciones normativas en relación al derecho de usar, gozar y disponer de los yacimiento mineros, se desprenden las categorizaciones de sistema dominialista socialista o dominialista regalista. El primer subsistema “reserva el dominio originario de los yacimientos exclusivamente a favor del Estado, estando prohibido su otorgamiento en concesión a particulares o restringido muy severamente.”<sup>57</sup> Por otra parte, el sistema dominialista regalista, “consagra el dominio originario de los recursos mineros y petroleros a favor del Estado, que puede realizar su explotación a través de empresas estatales o entregarla a entidades netamente privadas mediante el sistema de concesiones, contratos o permisos.”<sup>58</sup>

Este último subsistema mencionado tiene sus orígenes en el derecho medieval español, en donde en el caso de explotación minera se exigía el pago de un impuesto, contribución o regalía a favor del monarca.<sup>59</sup> Las disposiciones que contenían esta exigencia fueron llevadas al continente americano, y entraron en vigencia en los territorios que se encontraban bajo el dominio español permaneciendo vigentes aún después de la independencia.

El determinar el sistema de dominio que rige los yacimiento mineros en cada Estado es fundamental en relación a los intereses económicos, jurídicos y políticos. La importancia que tienen los minerales en el desarrollo de las actividades humanas, así como en el desarrollo económico de los Estados, ha sido reconocida en diversas declaraciones internacionales. Entre ellas, la Declaración Final de Río+20 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible del año 2012, en la que los países signatarios acuerdan:

Reconocemos que los minerales y los metales hacen una gran contribución a la economía mundial y las sociedades modernas. Observamos que las industrias mineras son importantes para todos los países con recursos minerales, en particular los países en desarrollo. También observamos que la minería ofrece la oportunidad de catalizar un desarrollo económico de amplia base, reducir la pobreza y ayudar a los países a lograr los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente, entre ellos los Objetivos de Desarrollo del

---

<sup>57</sup> *Ibíd.*, 22-3.

<sup>58</sup> *Ibíd.*, 22.

<sup>59</sup> *Ibíd.*, 23.



Milenio, cuando se gestiona de manera efectiva y adecuada. Reconocemos que los países tienen el derecho soberano a explotar sus recursos minerales de conformidad con sus prioridades nacionales y la responsabilidad sobre la explotación de los recursos que se describe en los Principios de Río. Reconocemos también que las actividades mineras deben aumentar al máximo los beneficios sociales y económicos y abordar de manera efectiva los efectos negativos ambientales y sociales. En este sentido, reconocemos que los gobiernos necesitan una gran capacidad para desarrollar, gestionar y reglamentar sus industrias mineras en interés del desarrollo sostenible. [...] Exhortamos a los gobiernos y las empresas a que promuevan un aumento continuo de la rendición de cuentas y la transparencia, así como la eficacia de los mecanismos existentes pertinentes para prevenir las corrientes financieras ilícitas derivadas de actividades mineras.<sup>60</sup>

No obstante, el hecho de contar con recursos minerales no equivale necesariamente al desarrollo económico de un Estado, siendo un ejemplo de ello los casos de Zambia y Namibia. Los mencionados países se han limitado a esperar participaciones y rentas estatales provenientes de la explotación minera; esa pasividad se ha traducido más bien poca industrialización y crecimiento económico. En un caso diametralmente opuesto, en Chile el sector minero ha impulsado fuertemente el crecimiento económico nacional.<sup>61</sup> Para que la explotación minera pueda alcanzar niveles de éxito que a su vez permitan avances en el ámbito social y económico, se requiere no solo de la existencia de yacimientos suficientes, sino de otros componentes como: instituciones públicas comprometidas con el servicio público, políticas públicas idóneas y un marco jurídico que denote seguridad jurídica para inversionistas.

Algunos países como Bolivia<sup>62</sup>, Chile<sup>63</sup>, Brasil<sup>64</sup> y Ecuador<sup>65</sup> han adoptado teóricamente un régimen dominial y han determinado que los recursos naturales no renovables son bienes de propiedad exclusiva del Estado. No obstante, la titularidad de dominio de los minerales no excluye *per se* la participación de particulares, lo que genera un análisis más profundo de si se trata de un sistema dominialista regalista o socialista.

---

<sup>60</sup> *Declaración de Río+20 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible* (2012), 227-8.

<sup>61</sup> Guilherme Lima de Moura, “La administración de los bienes minerales como fuerza motriz del desarrollo social”, *Foro: Revista de Derecho*, No. 21. (I semestre de 2014): 67.

<sup>62</sup> *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* [2009], tercera parte, tít. II, cap. segundo, “Recursos naturales”, art. 348 - 358.

<sup>63</sup> *Constitución de Política de la República de Chile* [1980], cap. tercero, “De los derechos y derechos constituciones”, art 19, numeral 24.

<sup>64</sup> *Constitución de la República Federativa de Brasil* [1998], tít.VI, cap. primero, “De los principios generales de actividad económica”, art. 176

<sup>65</sup> *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. VII, “Régimen del Buen Vivir”, cap. segundo, “Biodiversidad y recursos naturales”, art. 408.

En virtud de la especificidad de la actividad minera, los altos costos, y el riesgo que conlleva la exploración y explotación de minerales, no siempre resulta eficiente ni recomendable que los Estados inviertan ingresos públicos en esta actividad, siendo preferible que se otorguen concesiones a particulares, conservando el ejercicio de las facultades estatales de regulación y control.

Con relación específica al caso ecuatoriano, si bien por disposiciones constitucionales se ha determinado que el Estado central tendrá competencia exclusiva sobre los recursos minerales -sistema dominialista socialista-, se permite que el sector privado co-participe de su aprovechamiento -sistema dominialista regalista-. A través de normativa secundaria en materia minera se han determinado los procedimientos a seguir, estableciendo principalmente que la co-participación se realice mediante el pago de tributos, regalías, patentes y utilidades laborales atribuibles al Estado ecuatoriano.

De las cuatro formas de co-participación que establece la ley ecuatoriana, cada una merece un análisis profundo, considerando que la claridad conceptual de cada figura permite una regulación normativa correcta y específica. No obstante, el enfoque de este estudio es la regalía minera y busca dar respuesta a la interrogante también planteada por el autor Jarach, acerca de si ésta “se trata de un tributo y en particular, de un impuesto, o bien se trata de un recurso originario fundado en un derecho de propiedad que el Estado se ha atribuido sobre los minerales existentes en el subsuelo de su territorio.”<sup>66</sup>

Resulta evidente que los minerales pueden transformarse en una fuente de ingresos, incluso extraordinarios. Por ello, la normativa de la actividad cobra especial relevancia. En primer término esa importancia se relaciona a lo conceptual en conexión con el tipo de sistema adoptado, y posteriormente, se traslada a la práctica en cuanto a regulación de las modalidades de explotación. De los diversos sistemas de dominio analizados, para el caso ecuatoriano, prima un sistema dominialista en donde el Estado, en representación de sus ciudadanos, debe beneficiarse de la explotación de sus recursos minerales. Sin embargo, a consecuencia de la aparente contradicción de subsistemas dominiales -regalista y socialista-, es necesario profundizar su estudio para alcanzar coherencia normativa en el ordenamiento jurídico local y el respectivo cobro de la regalía minera.

---

<sup>66</sup> Dino Jarach, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 3a. ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996), 250.

#### **1.4 Límites de separación entre los recursos patrimoniales originarios y derivados con relación a la regalía minera.**

Si bien la regalía minera representa un ingreso público y consiste en una erogación que se realiza al Estado, en este análisis se puede apreciar la tensión que existe entre lo que algunos consideran un recurso público patrimonial originario, y lo que para otros debería ser un recurso derivado como el tributo. Mientras que la obligación de pago de un tributo surge solamente a consecuencia del cumplimiento de un mandato legal, para cierto grupo de autores la obligación de pago de una regalía, al ser una contraprestación o compensación, se produce como resultado de la celebración de un contrato, por lo que la relación entre el Estado y el particular se rige por una normativa distinta a la del derecho tributario.

Entendiendo que las actividades que generan ingresos por medio de los recursos patrimoniales originarios y los recursos tributarios suelen diferir ampliamente, cada categoría debería tener una regulación propia, sin embargo, la regulación no siempre es armónica ni sistemática. Un ejemplo claro de esta problemática se evidencia en relación con la figura de la regalía minera.

Como se mencionó anteriormente, dentro de los recursos patrimoniales originarios de un Estado se encuentran los recursos naturales no renovables, entre ellos los yacimiento mineros. No obstante, a pesar de su titularidad de dominio, no siempre son los Estados quienes los explotan, sino que otorgan mediante concesiones -u otro tipo de figura- a particulares el derecho de explotación para que se encarguen de esta labor, a cambio de recibir un monto que se convierte en ingresos públicos, reservándose el ente estatal el poder de regular y controlar. De esta forma, identificando claramente el tipo de recurso que se considere, los Estados deberían adoptar la regulación de la regalía minera, dependiendo de la categorización que le otorguen.

Algunos Estados, así como cierta parte de la doctrina, no considera a la regalía como un tributo, sino la entienden como un derecho, y la definen como la “utilización o explotación que una empresa hace de una patente, técnica u obra que son propiedad de un tercero, derivada de la autorización contractual que éste le hace y por la que se

paga una suma de dinero.”<sup>67</sup> La característica fundamental que es resaltada por esta corriente doctrinaria, es la naturaleza contra-prestacional o contractual de la regalía minera, en donde se reconoce el derecho de cobro por parte del Estado, pero no por asimilarla a un tributo. El autor Vega menciona que “el *royalty* es un derecho que el Estado soberano cobra al concesionario por la explotación de sus riquezas naturales.”<sup>68</sup> (énfasis de Vega)

La Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia en el caso C-207/00 del 1º de marzo del 2000 también se pronunció acerca de una regalía minera, y en ese caso concentrándose en el destino de la misma, determinó que “las regalías son ingresos públicos pero no tienen naturaleza tributaria, pues no son imposiciones del Estado sino contraprestaciones que el particular debe pagar por la obtención de un derecho, a saber, la posibilidad de explotar un recurso natural no renovable.”<sup>69</sup> En el desarrollo del caso, la Corte establece que las regalías representan aquello que el Estado recibe por el hecho de conceder el derecho de explotar recursos naturales no renovables de los cuáles es titular. Enfatiza su análisis en el carácter limitado de los recursos naturales no renovables y los separa de los impuestos, al considerar que estos “son cargas económicas que se imponen a los particulares con el fin de financiar los gastos generales del Estado, por lo cual estas obligaciones surgen del poder impositivo del Estado.”<sup>70</sup> Si bien la Corte utiliza el término ingreso para definir a la regalía minera, es clara su posición al reconocer el recurso del que proviene, y enfatiza en el supuesto de que no se recurre al poder tributario para su obtención.

Por otra parte, en el análisis precedente de la clasificación de recursos derivados tributarios, -de manera controvertida- se hizo alusión a las regalías mineras como una especie de tributo. Quienes así la entienden encuentra sustento bajo el sistema de dominio regalista o regaliano, que entendía la regalía como retribuciones que antiguamente se denominaban regalías, como un privilegio o tributo que se debía rey.<sup>71</sup> De esta lectura se desprende que la antiguamente denominada regalía, es lo que a

---

<sup>67</sup> Fernando Martino Mendiluce, *Diccionario de conceptos económicos y financieros* (Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 2001), 244. Citado en Pablo Valderrama, “En torno al debate sobre la aplicación de un *royalty* o renta minera a la minería del Cobre” Biblioteca del Congreso Nacional, Dpto. de Estudios, Extensión y Publicaciones No. 280. (2003).

<[www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie\\_estudios/esolis/nro280/nro280.html](http://www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie_estudios/esolis/nro280/nro280.html)>

<sup>68</sup> Pablo Valderrama, “En torno al debate sobre la aplicación de un *royalty* o renta minera a la minería del Cobre”, Biblioteca del Congreso Nacional, Dpto. de Estudios, Extensión y Publicaciones No. 280. (2003). <[www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie\\_estudios/esolis/nro280/nro280.html](http://www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie_estudios/esolis/nro280/nro280.html)>

<sup>69</sup> Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-027 de 2000*.

<sup>70</sup> *Ibíd.*

<sup>71</sup> Del Barco Carrillo, *Tributación Minera*, 31-2.

criterio de ese autor, hoy se conoce como tributo, por lo que deberían aplicarse a la regalía minera/tributo los principios tributarios, y sería relevante entonces analizar el hecho generador y los demás elementos que originarían la obligación tributaria en sí.

Para el autor Belaunde, quien analiza la legislación peruana, considera que la regalía minera, al contar con todas las características de un gravamen tributario con administración delegada al SUNAT, “es un tributo así la ley pretenda darle nominalmente una naturaleza distinta, en razón de que las instituciones legales deben ser interpretadas conforme a su naturaleza real más allá de su definición presunta o virtual.”<sup>72</sup>

El autor Ossa, cataloga al royalty como un impuesto *ciego*, y expone que:

Hay diversos tipos de royalties. El más extendido es aquel que consiste en un gravamen que afecta porcentualmente el valor bruto, real o presunto, de los minerales extraídos. Se trata, pues, de un impuesto ad valorem que se impone sobre la producción y no sobre las utilidades. Es por ello un impuesto ‘ciego’ que no toma en cuenta los márgenes entre costos y precios posibles de obtener en el mercado. La idea del royalty es tentadora para cualquier gobierno, porque -en teoría, al menos- no es discrecional, su aplicación no debería ser excesivamente compleja y genera recursos para el fisco incluso cuando las empresas no obtienen utilidades.<sup>73</sup>

Por lo expuesto, no existe una posición clara en referencia a la naturaleza jurídica de la regalía minera. No obstante, es aceptado que la regalía minera consiste en una erogación que se realiza al Estado, sin embargo, su delimitación resulta fundamental si lo que se desea es atraer inversión extranjera. Esto se consigue mediante el esclarecimiento de la figura, ya que demuestra seguridad jurídica y respeto a los derechos de las personas.

Con relación al desarrollo histórico acerca de los diversos sistemas de dominio desarrollados en torno a los yacimiento mineros, se afirma que en el Ecuador las actividades mineras se rigen bajo un sistema dominialista. Al confirmar este postulado, al ser el Estado el titular de los recursos minerales, es quien debe beneficiarse de su aprovechamiento en pro del interés general de sus administrados.

En el caso ecuatoriano, los ingresos que se obtienen de la exploración, explotación y comercialización de los minerales provienen de recursos naturales no

---

<sup>72</sup> Belaunde Moreyra, *Derecho minero y concesión*, 203.

<sup>73</sup> Valderrama Hoyl, *En torno al debate sobre la aplicación de un royalty o renta minera a la minería del cobre* (Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile - Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, s.f), 12.

renovables que se encuentran en la clasificación de recursos patrimoniales originarios. Empero al analizar los límites de separación entre los recursos patrimoniales originarios y derivados como los tributarios, en los cuales se fundamenta el cobro de una regalía minera, se constata que a nivel mundial existe una pequeña línea diferenciadora que debe ser analizada con un mayor profundidad. Por lo que en el capítulo siguiente se analizarán las características propias de la regalía minera.

## Capítulo dos

### La regalía minera

De los distintos sistemas de dominio relacionados con los recursos minerales, en el presente capítulo se limitará el análisis a los Estados que siguen el régimen domianilista, es decir, que se adhieren a la teoría de la separación del suelo y subsuelo, como es el caso ecuatoriano.

Los yacimientos minerales son considerados como una categoría de bienes naturales distintos de la superficie, por lo que el derecho de domino no le corresponde al propietario del suelo, sino al Estado. En este sentido, confirmada la titularidad estatal de los recursos minerales que permiten obtener ingresos, se puede continuar con el estudio de uno de los medios que utilizan los Estados para que esto sea viable: la regalía minera.

Para desentrañar la naturaleza jurídica de la regalía minera, en otras palabras, su naturaleza *nomen iuris*; es necesario partir de los antecedentes históricos y la definición doctrinal de la regalía (2.1), los tipos de regalía en relación con la materia (2.3); puntualizar acerca de la regalía de origen legal (2.3); y posteriormente denotar los rasgos característicos y diferenciadores que configuran a la regalía (2.4). A lo largo de todo este análisis se resaltan los elementos distintivos de la regalía minera.

#### 2.1 Antecedentes históricos y definición doctrinal de regalía

Para profundizar en el análisis doctrinal de la definición de regalía, es necesario tener presente que tanto en el derecho público, como en el derecho privado, el propietario de un bien -tangible o intangible- tiene el derecho de disposición del mismo, sin otras limitaciones que aquellas impuestas por la ley. En palabras del doctrinario Rojina Villegas, citado por el autor Soto, define a la propiedad como “el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto

pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto.”<sup>74</sup>

A criterio del autor Carrión, el dominio y la propiedad otorgan un mismo concepto en relación a su objeto, pero la elección de uno u otro término depende del campo científico en las que se las utilice, así la palabra propiedad pertenece al campo económico científico-jurídico, mientras que la palabra dominio tiene un valor exclusivamente jurídico.<sup>75</sup> El mentado autor citando a Planiol acota que para definir al dominio debe preferirse el concepto por el que se lo entiende como “el derecho en virtud del cual una cosa se halla sometida, de modo perpetuo y exclusivo a la acción y a la voluntad de una persona.”<sup>76</sup>

Los tres elementos clásicos que configuran la propiedad son el *ius utentidi*, *ius fruendi*, y *ius abutendi*.<sup>77</sup> El derecho de usar o *ius utentidi*, le otorga al dueño del bien el derecho de uso, por lo que puede servirse de la cosa de acuerdo con sus intereses sin vulnerar leyes o derechos de terceros. Por otra parte, de acuerdo al *ius fruendi*, o el derecho de disfrutar, el propietario del bien también tiene el derecho de beneficiarse de los frutos -naturales, industriales, y civiles- que éste produce. Finalmente es necesario hacer mención que el propietario puede disponer libremente de la cosa en virtud del *ius abutendi* -como fue conocido en el derecho romano- o derecho de disposición, por lo que podría hasta destruir el bien según la concepción clásica. Esa libertad absoluta ha sido reconfigurada posteriormente, y las libertades de quien ostenta el derecho de disposición, si bien se mantienen de manera amplia, no deben contrariar la función social de la cosa.

La concurrencia de estos tres elementos otorgan plena disposición al titular del bien, por lo que de acuerdo a su voluntad, y a lo permitido por el ordenamiento jurídico, puede venderlo, donarlo, abandonarlo, etc. No obstante, no es necesaria la concurrencia de los tres elementos para que una persona -natural o jurídica- sea titular del derecho de propiedad, ya que el dueño puede constituir en favor de otra persona un derecho real limitado, como el de uso, usufructo, servidumbre, o hipoteca, etc. En

---

<sup>74</sup> Clemente Soto Álvarez, *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*, (México: Limusa S.A, 2005), 161.

<sup>75</sup> Eduardo Carrión Eguiguren, *Curso de Derecho Civil de los Bienes*, 5a. ed. (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1987), 111.

<sup>76</sup> *Ibíd.*, 112.

<sup>77</sup> *Ibíd.*, 119; José Enrique Goma, *Instituciones de Derecho Civil Común Floral*, 2a. ed. (Barcelona: Bosch S.A, 2010), 541.



este sentido, el titular de un bien puede concertar a favor de otras personas diversas formas de utilización y aprovechamiento de la cosa.

Bajo estas premisas, considerando los derechos de propiedad de una persona y las prerrogativas que la titularidad respecto del bien le otorgan, entraré a estudiar en esta investigación los antecedentes históricos de la regalía.

El término regalía proviene del latino *regius* o *regio* que significa “propio del rey, o de la realeza,”<sup>78</sup> siendo así la regalía un derecho exclusivo del soberano.<sup>79</sup> Como se mencionó en el Capítulo Uno, en un inicio se entendió a la regalía como un derecho económico sobre bienes exclusivos y pertenecientes a la corona. Posteriormente, bajo el régimen feudal, se otorgó a los señores feudales la percepción y el aprovechamiento de las rentas provenientes de esos bienes -que de acuerdo al derecho medieval castellano todo el patrimonio regio se denominó como regalías-, pero con la obligación de pagar un tributo; en la baja edad media se acoge bajo el término regalía a otras potestades reales, como el acuñar moneda.<sup>80</sup> Para el autor Vildósala:

La regalía, una vez estructurada como institución jurídica, termina aplicándose en forma generalizada prácticamente a toda la actividad minera en la Edad Media, siendo básicamente concebida y vinculada en su origen y principio al derecho de participación, sea en productos mineros o en numerario que le correspondía o reclamaba la estratificada estructura político-territorial y económica de la sociedad feudal, como resultado de la explotación de los recursos minerales a partir del siglo IX hasta el siglo XV.<sup>81</sup>

Al extenderse a las Indias, las regalías permitieron aumentar los ingresos de la hacienda real en razón del pago que recibía por la explotación de las minas.<sup>82</sup> En 1504 se emitió una ordenanza real denominada Quinto Real que impuso el pago del 20% del valor en metal extraído de las minas de las colonias españolas en América, y que se pagaba en plata, oro y otros metales al rey de España. Años más tarde la regalía fue reducida, y se mantuvo entre un 5% y 8% para finales de la colonia. El pago era exigido ya que en ese entonces se entendía que el propietario del bien, -en cabeza del Rey de España- tenía derecho a beneficiarse del uso y aprovechamiento de sus minas.

---

<sup>78</sup> Diccionario de la Real Academia Española. 2008, <http://dle.rae.es/?id=VinLnwq>

<sup>79</sup> Nueva Enciclopedia Larousse, tomo VIII (Barcelona: Planeta. 1984) Citado por Jorge Lavadero, *Royalty, regalía o renta minera*. (Santiago: Impresos y Ediciones Lafken Ltd., 2003), 48.

<sup>80</sup> Jorge Lavadero, *Royalty, regalía o renta minera*, (Santiago: Impresos y Ediciones Lafken Ltd., 2003), 48.

<sup>81</sup> Jorge Vildósala, *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*, (Venezuela: Editorial Latina C.A, 1999), 45.

<sup>82</sup> Lavadero, *Royalty, regalía o renta minera*. 48.

Con estos antecedentes, se evidencia que si bien la utilización del término regalía se encuentra íntimamente vinculado con un derecho del rey -real-, en su configuración está presente de manera latente un estrecho vínculo económico. Por ello, la siguiente acepción que es relevante para este análisis surge de la definición de “participación en los ingresos o cantidad fija que se paga el propietario de un derecho a cambio del permiso para ejercerlo.”<sup>83</sup> El derecho al que se hace referencia en esta definición es el derecho de uso, sin embargo, hay ocasiones en las que el titular del derecho de propiedad exige participar de los ingresos tanto por el uso, como por los frutos que produce el bien.

Para la autora Simone “la regalía o *royalty* es el pago que se efectúa al titular de un derecho a cambio de su autorización para usarlo o explotarlo.”<sup>84</sup> A partir de esta definición se puede resaltar el derecho que tiene el titular del bien -cuyas facultades se encuentran limitadas- de recibir un pago que debe realizar el tercero que ejerce la facultad de uso y se beneficia de los frutos que el bien produzca. En este punto es importante la concurrencia de voluntades en la determinación de las estipulaciones que configuren cada negocio jurídico que da derecho al pago de regalías. Este concurso de voluntades debe estar siempre en concordancia con lo que la ley manda.

Defino a la regalía como una contraprestación<sup>85</sup> exigible a un tercero en virtud del ejercicio del derecho de uso y/o disfrute que concede el titular de un bien a aquél; o de manera similar, como un pago que se realiza por concepto de compensación al titular de un bien por el hecho de abstenerse de usar y/o disfrutar una cosa que es de su propiedad. Dependiendo del instrumento jurídico en el que conste plasmada la obligación de pago de regalías, las partes pueden acordar la forma en la que el titular del bien participe de los ingresos. Si la ley no ordena otra cosa, las partes podrán decidir el porcentaje del pago, así como la forma de hacerlo, ya sea en dinerario o en especies.

---

<sup>83</sup> Diccionario de la Real Academia Española. 2008. <http://dle.rae.es/?id=VguBR1J>

<sup>84</sup> Carmen Amalia Simone Lasso, *Régimen Tributario de la Minería en el Ecuador*, material inédito. (Quito: s.e, 2014), 6.

<sup>85</sup> Contraprestación es: “La prestación a la cual se obligan recíprocamente cada una de las partes en un contrato bilateral.” Flores Polo, Pedro, *Diccionario Jurídico Fundamental*, 2da. Ed. (Lima: Grijley, 2002), 174. La prestación dependerá del tipo de obligación a la que se comprometan las partes.

## 2.2 Tipos de regalía en relación con la materia

A raíz de la complejidad de los negocios transnacionales, las estipulaciones particulares de cada acuerdo se plasman en contratos que son cada vez más especializados. Por este motivo, en razón de la especificidad y las necesidades e intereses de las partes, resulta apremiante conocer los principales tipos de regalías que existen según la rama del derecho, para su correcta regulación y con el fin de delimitar con claridad a la regalía minera. Por ello, se analizarán las regalías en el Derecho de Propiedad Intelectual (2.1), el Derecho Tributario Internacional (2.2), y en el Derecho Minero (2.3).

### 2.2.1 Regalías en el Derecho de Propiedad Intelectual

La propiedad intelectual es un tipo de propiedad que recae sobre las creaciones del intelecto. Estas creaciones, al ser un tipo de propiedad, merecen protección jurídica. En este contexto nace el derecho de la propiedad intelectual, como una área del entendimiento jurídico que contempla sistemas de protección para bienes inmateriales de carácter intelectual y de contenido creativo, incluyendo a sus actividades afines o conexas.<sup>86</sup>

El autor Marzorati menciona que la actividad intelectual humana puede hacerse presente de diversas formas en relación con sus consecuencias jurídicas; así puede inclinarse a las creaciones artísticas o científicas que reciben protección mediante la propiedad autoral, o a descubrimientos o invenciones aplicables a la actividad industrial.<sup>87</sup> Los derechos de propiedad intelectual “son los derechos que la sociedad concede a personas u organizaciones principalmente sobre las obras creativas: las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio.”<sup>88</sup> En este sentido, las creaciones del

---

<sup>86</sup> Luis Alonso García. “La protección de los derechos de propiedad industrial. Importancia y valor económico de las patentes y marcas” (Memorias del Taller Nacional de la OMPI sobre la propiedad intelectual y el uso de la información tecnológica como herramienta para el desarrollo, República Dominicana, 2003): 3.  
<[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/es/ompi\\_pi\\_sti\\_03/ompi\\_pi\\_sti\\_03\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/es/ompi_pi_sti_03/ompi_pi_sti_03_3.pdf)>.

<sup>87</sup> Osvaldo Marzorati, *Derecho de los negocios internacionales* (Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 2003) 176.

<sup>88</sup> Laura San Martino, *Propiedad Intelectual y políticas de desarrollo* (Buenos Aires - Madrid: Edit. Ciudad Argentina, 2005), 58.

intelecto pueden ser protegidas tradicionalmente de dos formas: mediante derechos de autor y conexos los cuales abarcan obras literarias o artísticas; o a través de la propiedad industrial que se subdivide en nuevas creaciones y signos distintivos.

En ambos casos el creador tiene el derecho de apropiarse de estos bienes intangibles a partir de su exteriorización en forma material para poder servirse libremente de sus creaciones, ateniéndose únicamente a las limitaciones normativas. La propiedad intelectual también otorga al titular del bien las facultades de usar, disfrutar y disponer del bien intangible de manera absoluta y exclusiva, en ocasiones, dentro de un tiempo limitado por la legislación interna de cada Estado o los Convenios Internacionales aplicables a la materia. No obstante, dentro en esta rama del derecho y adoptando la teoría ecléctica que es recogida por el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas,<sup>89</sup> a las facultades antes mencionadas se las clasifica en derechos morales y patrimoniales.

Los derechos morales reconocen la autoría de la creación y protegen derechos personalísimos del creador como los de paternidad, no están limitados espacialmente y se reconocen sin la necesidad de un acto jurídico específico. Los derechos patrimoniales, en cambio, otorgan la facultad exclusiva de explotación para impedir que terceros usen, distribuyan, vendan o reproduzcan la obra, producto o procedimiento protegido sin la autorización de su autor/creador. Los derechos patrimoniales, a diferencia que los derechos morales, requieren de un acto administrativo de reconocimiento por parte del Estado y son disponibles, por lo que pueden ser negociados.

Otra característica de los derechos patrimoniales es que se lo debe considerar como un conjunto, es decir, con todas las posibilidades de explotación o disfrute económico derivadas de la utilización de la creación.<sup>90</sup> Por lo tanto, al ser derechos

---

<sup>89</sup> *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, (1971, enmendada en 1979) Artículo 6 bis.- 1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. 2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor.

<sup>90</sup> Rodrigo Bercovitz Rodríguez y otros, coord., *Manual de Propiedad Intelectual*, 3a. ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch. 2006), 85.

que índole económico, pueden ser transferidos o transmitidos. La transferencia, a su vez, puede ser total o parcial, dependiendo si se la realiza por un tiempo determinado o en relación con un territorio específico. Este tipo de derechos de índole pecuniario tienen como fin el garantizar un beneficio financiero al creador del bien por lo que se le reconoce la facultad de disposición de su creación. Estas facultades otorgan exclusividad en cuanto a su reproducción, publicación, distribución, etc.

Los derechos patrimoniales pueden ser objeto de diversos negocios jurídicos a título gratuito u oneroso. La forma más común de concertar su forma de disposición, que interesa para esta investigación, es través de contratos de licencia<sup>91</sup> o cesión.

En un contrato de cesión de derechos patrimoniales el titular originario “puede ceder los derechos de forma exclusiva y no exclusiva, y tiene la posibilidad de ceder determinados usos concretos o reservarse expresamente otros, así como limitar el ámbito territorial de la cesión y su plazo de vigencia.”<sup>92</sup> Bajo esta figura se otorgan derechos exclusivos sobre una creación a favor de una tercera persona que pasa a ser el titular derivado de los derechos patrimoniales a cambio de una compensación económica. Por la naturaleza del contrato la transferencia es irrevocable.

En la práctica la parte más difícil de acordar es la valoración de los activos intangibles (*goodwill*), que son objeto del negocio en razón de que muchas veces este tipo de activos supera el costo de los activos tangibles. Un ejemplo de ello son las glosas que impone la administración tributaria en relación con la valoración del *goodwill*, al determinar el impuesto a la renta.

Por otra parte el contrato de licencia consiste en “un acuerdo mercantil en virtud del cual el licenciante, mediante un derecho de monopolio, como una patente, una marca, un diseño industrial o un derecho de autor, tiene un derecho exclusivo, lo que supone que los demás no pueden explotar la idea, el diseño industrial, el nombre o el logotipo a escala comercial.”<sup>93</sup> Mediante esta figura se permite que el titular originario del derecho patrimonial acuerde con un tercero la utilización y comercialización de su creación a cambio de una compensación económica sin que exista transferencia del

---

<sup>91</sup> Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (1994), art. 28 inciso segundo.

<sup>92</sup> Yvett Jorg Lizano Gálvez, *Manual de Derecho de Autor para Entidades Públicas* (Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) - USAID, 2013):28.  
<<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20787/320184/ManualDDA.pdf/a47482f0-a228-4426-a764-474ef9088ee8>>.

<sup>93</sup> Ian Cockburn, *Franquicias y licencias: ¿Qué son y en qué medida pueden beneficiarnos?*  
<<http://www.wipo.int/sme/es/documents/franchising.htm#cu>>.

derecho. Es pertinente mencionar que en el contrato se estipulan las obligaciones de las partes contratantes, es revocable y su incumplimiento puede dar lugar a la rescisión del contrato, así como el cobro de daños y perjuicios.

La compensación económica que recibe el titular de los derechos patrimoniales se conoce comúnmente como regalía, que consiste en el pago que se realiza por la utilización o explotación que hace de una patente, técnica u obra propiedad de un tercero, derivada de la autorización contractual que éste le brinda.<sup>94</sup> La estipulación del pago de regalías es más recomendada en los contratos de licencia, ya que se mantiene la titularidad del derecho patrimonial en el titular. Al ser un negocio entre privados, son las partes quienes acuerdan cuánto será el monto del pago, así como su periodicidad, en el marco de lo que establezcan las leyes de sus países en el caso de que existiese regulación en la materia.

Cómo se estructura el pago de las regalías es, en un primer momento, de acuerdo a lo que digan las partes y depende de su situación financiera y contable.<sup>95</sup> A su vez los acuerdos entre las partes dependerán de la industria específica, pudiendo la regalía pactarse de diferentes maneras. Entre las principales se puede mencionar: a) regalías anticipadas *-upfront or initial royalties-* al momento de la firma del contrato; b) regalías por el cumplimiento de etapas *-milestone payment-* valores fijos que el licenciatario debe pagar al licenciante conforme se desarrolle el producto; c) regalías mínimas *-minimum royalties-* por las que se acuerda el pago al licenciante de valores fijos independientemente de el número de ventas sin que surja la obligación de un pago adicional si se supera el número de ventas esperado; d) regalías basadas en las ganancias *-earned royalties-* en donde se estipula el pago de un porcentaje de los ingresos brutos o netos derivados del uso del activo; e) regalías por sublicencia *-affiliate or sublicensee sales-* que se pagan en el caso de que el licenciatario realice un negocio jurídico posterior con un tercero con relación a su derecho de uso y explotación.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> Martino Mendiluce, *Diccionario de conceptos económicos y financieros* (Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 2001), 244. Citado en Pablo Valderrama, “En torno al debate sobre la aplicación de un royalty o renta minera a la minería del Cobre”, Biblioteca del Congreso Nacional, Dpto. de Estudios, Extensión y Publicaciones No. 280. (2003).  
<[www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie\\_estudios/esolis/nro280/nro280.html](http://www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie_estudios/esolis/nro280/nro280.html)>.

<sup>95</sup> Detlev F. Vagts, William S. Dodge, Harold Hongju Koh, Hannah L. Buxbaum, *Transnational Business Problems*, 5a. ed. (Estados Unidos: Foundation Press, 2014), 370. (Traducción propia)

<sup>96</sup> Mark S. Holmes, *Patent Licensing and Selling: Strategy, Negotiation, Forms* (Nueva York: Practising Law Institute, 2013), 2-10.

Estos tipos de regalía pueden también combinarse en razón de los intereses de la partes, pudiendo acordarse, por ejemplo, un pago global al momento de la suscripción del contrato de licencia, más un pago anual o mensual en relación con el porcentaje de ventas.

Como se determinó con anterioridad, un tema que se presta para una larga discusión no solo entre las partes, sino también con la Administración Tributaria de los Estados, es la cuantificación del valor del bien intangible que servirá para el cálculo de regalías. En el ámbito tributario, la subjetividad del valor para su cuantificación genera conflicto, ya que en la mayoría de legislaciones el recibir valores por concepto de regalías es considerado como renta gravada, por lo que se las debe considerar al momento de calcular la base imponible del impuesto a la renta del licenciante. De manera similar, en relación con el licenciatario, el pago de regalías puede ser considerado como gasto, por lo que también resulta importante para él. En ambos casos el valor del bien intangible deberá estar registrado en la contabilidad de los contratantes, ya sea como ingreso o como gasto.

Al ser un negocio entre privados, la decisión final en relación con el valor asignado al bien intangible queda a consideración de las partes interesadas en el negocio, cuyas posiciones se ven influenciadas por las leyes del mercado de la oferta y la demanda. Por esta razón no existe un método exacto y objetivo para calcular el valor del intangible; no obstante, en general se han intentado desarrollar tres métodos básicos: a) de identificación del ingreso asociado al activo; b) el basado en transacciones similares en el mercado y c) el basado en el costo.<sup>97</sup>

Mediante el método de identificación del ingreso asociado al activo, se deben calcular los flujos que se esperan obtener a futuro a través del activo intangible. Para eso es necesario considerar: la cantidad del ingreso neto que se espera obtener; el tiempo; la tasa de descuento básica de los ingresos futuros (una tasa libre de riesgo); y el riesgo asociado a la realización de esos ingresos futuros.<sup>98</sup> Existen varias técnicas que sirven para obtener este cálculo, sin embargo por la relevancia para el cuantificación de las regalías solamente se hará mención a la regla del 25%. Mediante

---

<sup>97</sup> Ignacio Vélez Pareja, “Métodos de valoración de intangibles”, *Cuadernos Latinoamericanos de Administración*. vol. IX, No.17 (2013), 34.

[http://www.uelbosque.edu.co/sites/default/files/publicaciones/revistas/cuadernos\\_latinoamericanos\\_administracion/volumenIX\\_numero17\\_2013/04\\_articulo.pdf](http://www.uelbosque.edu.co/sites/default/files/publicaciones/revistas/cuadernos_latinoamericanos_administracion/volumenIX_numero17_2013/04_articulo.pdf)

<sup>98</sup> *Ibíd.*, 35.

esta regla, que en realidad es una costumbre mercantil, se cree que el licenciante debe recibir el 25% de la utilidades que recibe el licenciatario.

El método basado en transacciones similares en el mercado implica obtener información sobre las regalías obtenidas en transacciones similares, sin embargo, la aplicación de este método resulta dificultoso en virtud de que no existe un mercado exclusivo de propiedad intelectual. Para que el método resulte aplicable es necesario que exista un mercado en funcionamiento para el activo o bien intangible por el que se pagan regalías, se presenten un suficiente número de transacciones, haya información pública sobre el precio; y exista independencia entre los contratantes.<sup>99</sup>

Por último, en el método basado en el costo se busca calcular el costo de inversión en la creación del activo intangible. La inconsistencia de este método radica en que el precio no es igual al valor que realmente representa el activo. Quienes lo aplican deben considerar los costos muertos, de oportunidad y de cambiar de una tecnología a otra.<sup>100</sup>

Mencionados los principales métodos de cálculo para obtener el valor de un bien intangible que estará sujeto al pago de regalías, se resalta que pese a los intentos de tecnificar el análisis, persiste un gran campo de subjetividad en el que se desarrollan estos negocios jurídicos. En la mayoría de las legislaciones no existe una norma que establezca montos mínimos o máximos por el pago de regalías a consecuencia de otorgar licencias con relación a la explotación de derechos patrimoniales. En esta aparente desregularización se puede afirmar que las regalías en la propiedad intelectual son una gran fuente de ingresos para el creador de una obra o producto protegido bajo la propiedad industrial. Las regalías en esta rama del derecho buscan compensar al titular del derecho patrimonial -o licenciante- por conceder el uso y/o explotación de su creación, configurándose una contraprestación que debe cancelar el tercero o licenciatario.

Es importante recalcar que la fijación de este tipo de regalías gozan de amplia autonomía, por lo que la libertad contractual es mayor. Este hecho genera que se produzcan una gran cantidad de determinaciones tributarias en relación con el precio pactado, en especial a todo lo relativo a precios de transferencia, en razón de que no existen en realidad cánones o parámetros definidos para calcular el valor que el licenciante debe pagar al licenciatario.

---

<sup>99</sup> *Ibíd.*, 39.

<sup>100</sup> *Ibíd.*, 41.



### 2.2.2 Regalías en el Derecho Tributario Internacional

El Derecho Tributario Internacional<sup>101</sup> tiene principalmente dos esferas de aplicación: la una frente a los problemas relativos a la doble o múltiple imposición internacional, y la otra en conexión con la evasión y elusión fiscal internacional. Se encarga de regular el intercambio de información y cooperación entre administraciones tributarias de distintos países. Esta área del derecho se enfoca básicamente en los impuestos a la renta y al patrimonio, y en ciertos caso al impuesto al valor agregado.

Las principales fuentes que desarrollan el Derecho Tributario Internacional, además de las recogidas en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia,<sup>102</sup> son las disposiciones del ordenamiento de jurídico interno de cada Estado, así como las normas comunitarias.<sup>103</sup> De todas las fuentes mencionadas en este acápite de la investigación, centraré la atención en los convenios para evitar la doble tributación internacional en relación con la regalías.

Estos convenios buscan dar respuesta a la doble imposición internacional en razón de que “el Derecho Internacional establece pocos límites sobre la soberanía fiscal de los Estados, [por lo que] una misma situación puede ser gravada en dos o más Estados.”<sup>104</sup> El autor Montaña, concuerda que “la doble imposición se suscita porque los estados, en virtud de su soberanía fiscal, pueden someter las transacciones y flujos de la renta que más les convenga, privilegiando propósitos recaudatorios que a corto y

---

<sup>101</sup> La doctrina se encuentra dividida acerca de la denominación que debe dársele a la rama jurídica que estudia los problemas de la fiscalidad internacional. El Derecho Tributario Internacional, de acuerdo con el autor Montaña, es “una rama del derecho público económico, concretamente del derecho tributario, especializada en los principios y aspectos jurídicos objetivos y subjetivos que surgen de la aplicación de los tributos a eventos que prestan algún elemento poseedor de connotación internacional o supranacional.”<sup>101</sup> Cesar Montaña, *Manual de Derecho Tributario Internacional* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2006), 13, 19.

<sup>102</sup> *Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia*, art. 38.- 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren

<sup>103</sup> Montaña, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, 23.

<sup>104</sup> Michael Lang, *Introducción al Derecho de los Convenios para evitar la doble imposición*, Edición en español, Diego Quiñones. Trad. (Bogotá: Editorial Temis-IBFD, 2014), 2.

mediano plazo encarecen y desalientan el comercio exterior y la realización de actividades productoras de ingresos económicos.”<sup>105</sup>

Además de la soberanía fiscal, la doble imposición se genera por el hecho de que dos Estados rijan su imposición tributaria bajo principios contrapuestos, como los de fuente y residencia. Para que exista doble imposición internacional deben existir dos o más sujetos activos -Estados-, que exigen el cobro de los mismos impuestos -en relación a su naturaleza-, los cuales recaen sobre idéntico objeto fiscal en un igual periodo de tiempo, a un solo sujeto pasivo.

Ante esta situación los Estados pueden adoptar medidas unilaterales o suscribir convenios bilaterales o multilaterales. A nivel mundial los Modelos de Convenio con mayor aceptación son los propuestos por Naciones Unidas (Modelo ONU) y la Organización para el Comercio y el Desarrollo Económico (Modelo OCDE). A nivel regional existe un Modelo de Convenio propuesto por la Comunidad Andina de Naciones. En base a estos modelos los Estados acuerdan suscribir los que mejor respondan a sus intereses. Al ser tratados internacionales, los convenios deben ser interpretados conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Cuando se confirma que un convenio resulta aplicable para una situación en concreto, es necesario analizar el tipo de renta que se pretende gravar en dos o más Estados. En el artículo 12 de los Modelos de Convenio OCDE y ONU se habla de las regalías como un tipo de renta, por lo que estudiar su tratamiento en este marco resulta permitente para este trabajo.

En el Modelo OCDE<sup>106</sup> se menciona que las regalías representan la cantidad pagada por el uso, o concesión de uso, de los derechos patrimoniales tanto de las obras

---

<sup>105</sup> Montaña, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, 120.

<sup>106</sup> *Modelo de Convenio OCDE*, art. 12.- REGALÍAS

1. Las regalías procedentes de un Estado contratante y cuyo beneficiario efectivo es un residente del otro Estado contratante solo pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. El término “regalías”, en el sentido de este artículo, significa las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso, o la concesión de uso, de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas, de patentes, marcas, diseños o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.

3. Las disposiciones del apartado 1 no son aplicables si el beneficiario efectivo de las regalías, residente de un Estado contratante, realiza en el Estado contratante del que proceden las regalías una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado allí, y si el bien o el derecho por el que se pagan las regalías está vinculado efectivamente a dicho establecimiento permanente. En tal caso son aplicables las disposiciones del artículo 7.

4. Cuando, por las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo o por las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de las regalías, habida cuenta del uso, derecho o

protegidas por el derecho autor como por la propiedad industrial. En relación con la distribución de la potestad tributaria, se determina que el Estado de residencia tiene potestad exclusiva para gravar la renta proveniente de regalías, acarreando como consecuencia que el artículo 23 del Convenio no se aplique, al contener este artículo una regla de distribución de la potestad tributaria específica. Sin embargo, esta es un regla general y no absoluta, ya que si la persona que percibe las regalías a pesar de ser residente de otro Estado, es beneficiario efectivo las mismas y tiene un establecimiento permanente que se relaciona con el bien o el derecho que da lugar al pago de regalías en el Estado de la fuente, será este Estado el único con potestad tributaria para gravar esa renta.

El Modelo ONU,<sup>107</sup> a pesar de que asimila a la regalía con un canon, comparte la misma definición establecida en el Modelo OCDE. Estos dos modelos se diferencian

---

información por los que se pagan, exceda del que habrían convenido el deudor y el beneficiario efectivo en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio.

<sup>107</sup> *Modelo de Convenio ONU*, art. 12.- CÁNONES O REGALÍAS

1. Los cánones procedentes de un Estado contratante pagados a un residente de otro Estado contratante podrán someterse a imposición en este último Estado.
2. Sin embargo, esos cánones también podrán someterse a imposición en el Estado contratante del que procedan y de acuerdo con la legislación de este Estado, pero si el propietario beneficiario de los cánones es residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del \_\_\_\_% (el por- centaje se determinará mediante negociaciones bilaterales) del importe bruto de los cánones. Las autoridades competentes de los Estados contratantes determinarán de mutuo acuerdo la forma de aplicar este límite.
3. El término “cánones” empleado en este artículo comprende las cantidades de cualquier caso pagadas por el uso o la concesión de uso de derechos de autor sobre las obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas y las películas o cintas utilizadas para su difusión por radio o televisión, de patentes, marcas de fábrica o de comercio, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, así como por el uso o la concesión de uso de equipos industriales, comerciales o científicos, y las cantidades pagadas por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.
4. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no se aplicarán si el propietario beneficiario de los cánones, residente en un Estado contratante, realiza operaciones comerciales en el otro Estado contratante del que procedan los cánones, por medio de un establecimiento permanente situado en él, o presta en ese otro Estado servicios personales independientes desde un centro fijo situado en él, y el derecho o propiedad por el que se paguen los cánones está vinculado efectivamente con a) ese establecimiento permanente o centro fijo, o con b) las actividades comerciales mencionadas en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 7. En tales casos se aplicarán las disposiciones del artículo 7 o del artículo 14, según corresponda.
5. Los cánones se considerarán procedentes de un Estado contratante cuando el deudor sea un residente de ese Estado. Sin embargo, cuando el deudor de los cánones, sea o no residente en un Estado contratante, tenga en un Estado contratante un establecimiento permanente o un centro fijo en relación con el cual se haya contraído la obligación de pagar los cánones y este establecimiento o centro fijo soporte el pago de los mismos, los cánones se considerarán procedentes del Estado en que esté situado el establecimiento permanente o centro fijo.
6. Cuando, por las relaciones especiales existentes entre el deudor y el propietario beneficiario o entre ambos y cualquier otra persona, el importe de los cánones, habida cuenta del uso, derecho o información por el que se paguen, exceda del importe que habría sido acordado por el deudor y el propietario beneficiario en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este artículo no se aplicarán más que a

en razón de que en el Modelo ONU, la potestad tributaria está reconocida tanto para el Estado de residencia, como para el Estado de la fuente, no obstante la potestad de éste último se encuentra limitada. El Estado de la fuente posee potestad tributaria limitada porque podrá gravar la renta proveniente del pago de regalías de acuerdo a su legislación interna, sin embargo, el impuesto se verá condicionado por un porcentaje para su imposición. El Estado de residencia tendrá la posibilidad de gravar este tipo de renta si así se encuentra establecido en su ordenamiento jurídico interno, pero deberá otorgar crédito fiscal en relación con lo pagado en el Estado de la fuente.

Hasta el momento el Ecuador ha suscrito más de veinte convenios para evitar o atenuar la doble imposición internacional. En 1972 el primer convenio multilateral que suscribió fue el Convenio para evitar la doble tributación entre países del Grupo Andino (ahora CAN) y el Convenio Tipo para la celebración de acuerdos sobre doble tributación entre los países miembros y de la región; mismos que fueron aprobados mediante la Decisión 40 del Pacto Andino. Vale hacer mención también del Convenio Multilateral tendiente a evitar la doble imposición de las regalías por derechos de autor en 1994.

Hasta el año 2001 los países con los se acordó la firma de convenios -que siguen el Modelo OCDE- son: Argentina, Alemania, Italia, Francia, España, Rumania, México, Suiza, Bélgica, Chile y Canadá. Con Brasil se suscribió un Convenio antes de ese año, sin embargo, a diferencia de los convenios antes aludidos, se incluyen lineamientos del Modelo ONU. Luego del año 2001 se acordaron convenios con Corea del Sur, Emiratos Árabes Unidos, Indonesia, Portugal, China, Rusia, Qatar, Irán, Singapur y Uruguay. Éste segundo grupo de Convenios, suscritos a partir del 2000, si bien responden a lineamientos del Modelo OCDE, no lo hacen de manera preponderante ya que también cuentan con cláusulas más flexibles en relación con los intereses de países en vías de desarrollo.

La suscripción de estos instrumentos internacionales busca incentivar la inversión extranjera; sin embargo, para el autor Montaña “es claro que en el país no se ha demostrado hasta la fecha que la firma de los convenios contra la doble tributación haya permitido crear escenarios atractivos para la inversión extranjera, ni para la

---

este último importe. En tal caso, el exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones de la presente Convención.

generación de empresa, seguridad jurídica y de empleo.”<sup>108</sup> Por lo tanto se puede afirmar de la poca eficacia de estos instrumentos internacionales para el caso ecuatoriano. Pese a ello, su estudio es necesario para su aplicación en casos específicos en los que se produzca doble imposición al contener normas que buscan favorecer en última instancia al contribuyente.

Así, en los supuestos en que una persona considerada como extranjera, para un caso en concreto, reciba regalías que integren parte de su renta, deberá analizar todos los elementos por los que se pueda producir doble imposición, y considerar si existe un Convenio entre los países donde se produce la renta y su país de residencia. De confirmarse que existe doble tributación, se deberán aplicar las reglas de distribución del poder tributario de cada Estado para dilucidar en qué montos y condiciones se gravan las regalías.

### **2.2.3 Regalías en el Derecho Minero**

El Derecho Minero consiste en el conjunto de normas y principios que busca regular el desarrollo de la actividad minera. Al estudiarlo, surge la interrogante de si esta rama forma parte del derecho privado o público. Para poder profundizar en el tema es necesario mencionar nuevamente que los sistemas de dominio de la propiedad minera son: a) fundiario o accesión, b) liberal o de la ocupación, c) feudal o regaliano y d) demanial, dominalista o de dominio público con sus variantes.<sup>109</sup> Con relación al primero, el dueño del terreno se consideraba también propietario del subsuelo sin limitación alguna; y en el segundo se entendía a los yacimientos mineros como un objeto sin dueño por lo que se otorgaba la titularidad de los mismos al descubridor. Por otra parte el sistema feudal o regaliano se basaba en el dominio señorial, por lo que le pertenecía al príncipe la totalidad de las sustancias mineras, quién mediante este sistema se aseguraba ingresos.<sup>110</sup>

El sistema demanial o dominalista “supone un paso más allá del sistema regaliano: la desaparición de la regalía a favor del príncipe y la atribución de las minas

---

<sup>108</sup> Cesar Montaña, “Notas relevantes del Derecho Tributario Internacional Ecuatoriano Contemporáneo”. En Rubén Asorey, Fernando D. García. Dir. *Tratado de Derecho Tributario Internacional*, tomo III (Buenos Aires: La Ley, 2013), 145.

<sup>109</sup> Hugo Bunge, *Minería - Petróleo: última legislación argentina* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1984), 36.

<sup>110</sup> *Ibíd.*, 37.

a la colectividad, a través de la figura del demanio público administrado por el Estado en beneficio del interés colectivo.”<sup>111</sup>

El determinar el sistema de dominio que rige en un determinado Estado permite saber qué normas regularán el desarrollo de la materia. Así los Estados que siguen el sistema de dominialista de propiedad de las minas -convirtiendo a éstas en propiedad pública- tienden a considerar del derecho minero como parte del derecho público. No obstante esa característica no implica que los yacimientos mineros sean explotados de manera exclusiva por el Estado, por lo que a criterio de ciertos autores el Derecho de Minería es:

El conjunto de principios y preceptos especiales que definen cuáles sustancias minerales son susceptibles de aprovechamiento por cualquier persona y regulan la constitución, naturaleza, ejercicio y extinción de las concesiones exclusivas para explorar o para explotar dichas sustancias, así como algunos de los actos, contratos y litigios que se refieren a esas concesiones.<sup>112</sup>

Para justificar el surgimiento y especialización del derecho minero, es claro que en primera instancia éste nace de una respuesta a consecuencia de la necesidad de regular todo lo atinente a recursos naturales. En relación a las fuentes jurídicas que desarrollan los principios y teorías en torno a la materia, se identifican leyes, doctrina y jurisprudencia. Las principales normas que dan origen al Derecho Minero son las normas constitucionales, administrativas, civiles y comerciales; sin desconocer su relación con otras áreas del derecho.

De los elementos conceptuales del Derecho Minero, que comprenden las fuentes y los sistemas de dominio, especialmente el regaliano y demenial, se puede afirmar que el Derecho Minero tiene una naturaleza mixta y que para su estudio goza de autonomía didáctica. Si bien posee normas exclusivas que regulan esta actividad tan especializada, esta rama del derecho requiere de otras áreas del saber jurídico que permitan dar respuesta a una actividad en concreto, así como de otras ciencias para el desarrollo mismo de la actividad regulada, pudiéndose mencionar especialmente a ingeniería en minas, geología, mineralogía, economía, ingeniería ambiental, entre otras.

---

<sup>111</sup> *Ibíd.*, 38.

<sup>112</sup> Juan Luis Ossa Bulnes, *Derecho de Minería*, 3a. ed. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999), 12.

En su acepción común, la minería es “el proceso de extracción de cualquier objeto mineral para diversos usos,”<sup>113</sup> estas “sustancias minerales se encuentran diseminadas en la superficie y en las diversas capas de la corteza terrestre, en forma de depósitos naturales a los cuales se llama minas”.<sup>114</sup> También se conoce a las minas como yacimiento mineral, que se entiende como la acumulaciones o concentraciones de una o mas sustancias útiles, sean de características metálicas o no.<sup>115</sup>

A la minería se la puede clasificar por sus propiedades físicas en: a) minería de materiales no metálicos como minerales de construcción, minería de calizas, arcillas y cemento y minería de gemas (piedras preciosas); b) minería de materiales metálicos como la minería de minerales ferrosos, no ferrosos y de metales preciosos; y c) minería energética como del carbón, petróleo y gas. Según el tipo de laboreo en: a) minería a cielo abierto; b) dragado de ríos; c) minería subterránea; y c) perforación de fluidos. Y de acuerdo a la tasa de producción la minería puede ser a: a) gran escala; b) mediana escala; y c) pequeña escala.<sup>116</sup>

El proceso de producción minera se constituye por varias etapas dependiendo del tipo de minería a la que se haga referencia; sin embargo, entre las principales operaciones constan las de exploración, explotación y beneficio. En relación con estas etapas; el autor Ossa menciona lo siguiente:

a) La exploración, cuya finalidad es investigar la existencia de nuevos yacimiento y profundizar el conocimiento de los ya descubiertos; b) La explotación, que consiste en extraer las sustancias minerales del deposito del cual forman parte y c) El beneficio, cuyo propósito es tratar las sustancias extraídas, para aumentar su concentración y librarlas de impurezas, poniéndolas en aptitud de ser elaboradas.<sup>117</sup>

Otros autores incluyen fases administrativas de licitación, comercialización y de cierre o remediación ambiental. El número de fases dependerá de la legislación de cada Estado, sin embargo, de acuerdo al autor mencionado, por el hecho de ser la minería un actividad que conlleva un alto grado de aleatoriedad, ésta es una de las

---

<sup>113</sup> Teodoro Bustamante, Rommel Lara, *El Dorado o Caja de Pandora: Matices para pensar en la minería en el Ecuador* (Quito: FLASCO, Sede Ecuador, 2010), 13.

<sup>114</sup> Ossa Bulnes, *Derecho de Minería*, ed. III, 9.

<sup>115</sup> Alan Bateman, *Yacimientos Mineros de Rendimiento Económico* (Barcelona: Omega, 1968), 30.

<sup>116</sup> Bustamante; Rommel Lara, *El Dorado o Caja de Pandora: Matices para pensar en la minería en el Ecuador*. 16- 20.

<sup>117</sup> Ossa Bulnes, *Derecho de Minería*, 11.

razones por la que es fundamental contar con legislación especializada que contemple las peculiaridades que la materia exige.<sup>118</sup>

La minería, si bien es un negocio que genera réditos considerables, exige para que esto sea posible la inversión previa de grandes sumas de dinero. Esta inversión muchas veces no puede ser costeadada por los Estados en virtud de que ellos deben dar respuesta a otras necesidades de sus ciudadanos. Pese a ello, por ser titulares del dominio de los yacimientos mineros; deben buscar formas para que sus recursos patrimoniales originarios no renovables se conviertan en ingresos en el caso de requerirlos.

Para el efecto se han desarrollado diversas modalidades contractuales. Por el ámbito de este estudio, la que nos compete es la concesión minera. Como consideración general, los Estados pueden ser partes contratantes, pero un contrato suscrito por éstos deberá respetar su legislación interna, y encontrará mayores limitaciones que los contratos suscritos solamente entre particulares en virtud de la naturaleza del derecho público regulatorio de estas relaciones.

La concesión en el ámbito jurídico es un convenio que presupone la existencia de ciertos elementos específicos en relación a su objeto, las partes contratantes y la regulación determinada. Dependiendo de la integración de los elementos mencionados, la doctrina ha clasificado a la concesión en pública, privada y comercial.

La concesión pública o concesión administrativa consiste en “el medio más eficaz, dentro de [un] Estado moderno, para entregar a los particulares ciertas actividades o la explotación de recursos federales, que la administración pública no está en condiciones de desarrollar ya ser por razones de incosteabilidad económica, por impedimentos organizacionales propios o por inconveniencia política.”<sup>119</sup> Por el contrario, en el contrato de concesión privada, una persona natural o jurídica otorga la autorización de explotar un servicio o un derecho a otra persona, para que bajo la cuenta y riesgo de éste lo preste a un tercero y se beneficie de la concesión, pero bajo control de concedente, con derecho a cobrar una contraprestación por sus servicios, regida por normativa privada.

El contrato de concesión comercial se entiende “a aquel, en virtud del cual, un empresario llamado concedente, se obliga a otorgar a otro llamado concesionario, la

---

<sup>118</sup> *Ibíd.*

<sup>119</sup> Jorge E. Calafel. “Teoría General de la Concesión”. (s.n).  
<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr19.pdf>>



distribución de sus productos o servicios o la utilización de sus marcas o licencias o sus espacios físicos, a cambio de una retribución que podrá consistir en un precio o porcentaje fijo, o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado.”<sup>120</sup>

Para el autor Champaud, quien utiliza el término mercantil en vez de comercial, entiende que:

Hay concesión mercantil cuando un comerciante -concesionario- pone su empresa a distribución -o de venta- en su caso, al servicio de otro comerciante o industrial, llamado concedente, para asegurar exclusivamente, en un territorio determinado, durante un periodo de tiempo limitado y bajo vigilancia (dirección) del concedente, la distribución de sus productos, de los que le ha sido concedido en monopolio de reventa.<sup>121</sup>

De las definiciones transcritas parecería evidente que la concesión minera encaja en el concepto de concesión administrativa, sin embargo, esta afirmación no es aceptada de manera unánime por la doctrina a consecuencia del desarrollo de la misma en la práctica. Si bien la concesión minera tiene ciertas semejanzas tanto con la concesión administrativa cuanto la comercial -como la exclusividad-, éstas tienen elementos diferenciadores, incluyendo su regulación.

Entre el Estado y los particulares debe existir un convenio mediante el cual se autorice al segundo la explotación de minerales, y se regulen las relaciones entre ambos. Este convenio, que se encuentra supeditado a la normativa interna de cada Estado, se denomina concesión minera. A través de la misma, se busca estimular la inversión privada, por la cual el inversionista asume, en todo o en parte, el riesgo del negocio. Es necesario tener en cuenta que al ser los minerales de dominio público, el convenio minero debe buscar alcanzar armonía y equilibrio entre el interés público del concedente y el interés privado del concesionario.

La concesión minera se puede considerar como “un acto jurídico, por el cual el Estado transmite al sujeto de derecho privado, sus potestades para la utilización de la riqueza minera. La concesión es pues, la autorización que otorga el Estado para el aprovechamiento de la riqueza minera, bajo determinadas condiciones preestablecidas en la ley.”<sup>122</sup> De igual manera para el autor Vergara Blanco la concesión minera es:

---

<sup>120</sup> Jaime Arrubla, *Contratos Mercantiles, Tomo II -Contratos Atípicos-*, 2a. ed. (Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1992), 307.

<sup>121</sup> Claude Champaud, “La Concesión Comercial” *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* No.3. (1963), 454.

<sup>122</sup> Derecho de Minería, Gases e Hidrocarburos. (s.n)

Un acto de naturaleza administrativa en virtud del cual se otorga a una persona, una vez cumplidos los requisitos que señala la ley, derechos nuevos y exclusivos; estos derechos pueden estar dirigidos a explorar y explotar -en caso de las concesiones de explotación minera- o solo a realizar labores de exploración- en el caso de las concesiones de exploración minera- y en su caso, una vez ejercido aquellos derechos, a hacerse dueño de los sustancias minerales que se extraigan dentro de los límites territoriales fijados para cada caso”<sup>123</sup>

La definición del autor demuestra su inclinación a considerar a la concesión minera como un acto administrativo unilateral. Sin embargo, como se dijo previamente, existe otro grupo de autores que defienden la naturaleza contractual de la concesión minera, así como quienes mantienen una postura mixta.

De manera sucinta se puede mencionar que las principales características de cada posición son las siguientes: a) en la concesión como acto unilateral, se entiende que la potestad de conceder o no la concesión radica solamente en la voluntad de la Administración, no existe un contrato y se concede una autorización a consecuencia de una solicitud del particular; b) en la concesión como contrato administrativo (acto mixto), el objeto de la concesión es de naturaleza pública, la administración de los bienes le compete exclusivamente al Estado, existe un contrato pero limitado a la legislación aplicable a los bienes estatales (organización y funcionamiento), pero además hay un acuerdo entre el Estado y los particulares, principalmente acerca del contenido económico y duración de la concesión, por lo que es contractual en un aspecto y reglamentario en otro; y c) en la concesión como contrato administrativo, *estricto sensu*, se requiere un acuerdo de voluntades, está presente un contrato administrativo, por el cual el Estado puede realizar modificaciones en ejercicio de sus prerrogativas, la Administración otorga un derecho al particular y el particular se compromete con el cumplimiento de una prestación.<sup>124</sup>

La importancia de acoger una u otra teoría se evidencia en las consecuentes formas de resolver posibles controversias, en la legislación aplicable y el órgano competente de control, entre otros aspectos. Actualmente la posición de contrato administrativo -*estricto sensu*- parece ser la más aceptada, ya que efectivamente es necesario un contrato donde se manifieste la voluntad del concesionario de recibir la

---

<[http://distancia.upla.edu.pe/libros/derecho/09/DERECHO\\_DE\\_MINERIA\\_GASES\\_E\\_HIDROCARBUROS.pdf](http://distancia.upla.edu.pe/libros/derecho/09/DERECHO_DE_MINERIA_GASES_E_HIDROCARBUROS.pdf)>

<sup>123</sup> Antonio Vergara Blanco, *Instituciones de derecho minero* (Santiago: Abelardo Perrot, 2010), 242.

<sup>124</sup> Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo III b, Contrato Administrativos*, 2a. ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983), 592-600.

concesión -hecho que no se contempla en la teoría del acto unilateral-; al tratarse de un bien de dominio público, se requiere la autorización de la Administración -se otorga solamente en el caso que el particular cumpla con los requisitos legales-; y, porque al momento de celebrarse el contrato ambas partes -a pesar de las facultades de la administración- deben someterse a lo establecido en él y en la ley sin que por eso se considere a una parte como reglamentaria.

Con relación a las características de la concesión minera, el autor Del Barco Carrillo identifica que es un derecho real que recae sobre bienes trasferibles y transmisibles, otorgado de manera exclusiva al concesionario, que se encuentra sometida al control del órgano concedente y de carácter originario al otorgar al concesionario derechos que antes no poseía.<sup>125</sup> En lo referente al control del órgano concedente, es necesario mencionar que los recursos originarios -en este caso el objeto de la concesión minera- “proviene de los bienes patrimoniales del Estado o de diversos tipos de actividades productivas realizadas por éste,”<sup>126</sup> por lo que su regulación es de interés colectivo y le compete al Estado su fiscalización.

Como se puede apreciar, la concesión minera responde a una naturaleza *sui generis* con características propias a consecuencia de su objeto: los recursos minerales. Cuando se otorga una concesión a un particular, él debe compensar al Estado por la facultad que se le concede de utilizar y beneficiarse de los frutos que obtenga del bien producto de la concesión, siendo la forma adecuada de hacerlo mediante el pago de regalías mineras.

Es importante recalcar el hecho de que el pago de una regalía se ordene conforme a lo establecido en ley, no puede confundirse con el poder impositivo del Estado con relación a los tributos. Como se ha comentado a lo largo de este análisis, si bien los dos consisten en prestaciones patrimoniales que se pagan al Estado, quien debe pagar una regalía minera lo hace porque voluntariamente se coloca en una posición de hacerlo a consecuencia de solicitar que se le otorgue una concesión minera. El pago de una regalía tiene un origen de carácter contractual. Si bien ambas partes deben dar cumplimiento a ley -como todo ciudadano sometido a un Estado de Derecho y en cualquier relación contractual de objeto lícito-, en este supuesto existe un consenso previo que se plasma a través de cláusulas que gobiernan la nueva relación jurídica, pudiendo variar para cada caso en concreto.

---

<sup>125</sup> Del Barco Carrillo, *Tributación Minera* (La Paz: Azul Editores, 2006), 65-6.

<sup>126</sup> Villegas, *Manual de Finanzas Públicas*, 162.

Si bien la doctrina ha establecido pautas necesarias para la regulación de la concesión y de la regalía minera, es pertinente profundizar en la normativa interna de cada Estado con el fin de identificar los elementos de contratación necesarios y su desarrollo práctico. Afirmado el hecho de que en el caso ecuatoriano es el Estado el titular de los recursos minerales; la cuantificación, porcentaje y periodicidad de cobro de las regalías esta normado en la ley, por lo que estos detalles se abordarán en el capítulo final de esta investigación en relación al ordenamiento jurídico interno del Ecuador

### **2.3 Regalías de origen legal**

Hay legislaciones que en ciertos casos determinan el pago de regalías al Estado, y esta instrumentación de la obligación -con origen legal- ha llevado a la confusión de la regalía con un tributo. Esta confusión que en la práctica genera serias controversias, merece una reflexión especial, por lo que a continuación se hace referencia a las similitudes y diferencias entre las regalías de origen legal y los tributos.

Resulta evidente que los tributos son una forma de prestación patrimonial de carácter público exigida de manera coactiva a toda persona natural o jurídica que cumpla con los supuestos de hecho establecidos en la ley. No obstante, de acuerdo a lo mencionado por el autor Troya, “a más de los tributos, existen otros instrumentos que producen en la economía de los particulares similares efectos que la detracción tributaria.”<sup>127</sup>

Esta afirmación resulta ser acertada, ya que, como se menciona al inicio de esta investigación, si bien el Estado recurre generalmente al poder tributario o a la explotación de sus recursos naturales no renovables, estos no son los únicos recursos públicos que le permiten obtener ingresos de los particulares. Más allá de la diversidad de fuentes de ingresos, la cita también permite entender que el hecho de que exista un pago (obligatorio) de un particular a favor del Estado, no constituye una cualidad exclusiva de una relación originada en el derecho tributario. En este sentido, el mentado autor continúa en su obra y acota que:

---

<sup>127</sup> Troya Jaramillo, *Manual de Derecho Tributario*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 4.

Así encontramos [instrumentos] de carácter monetario, medidas inherentes al comercio internacional, devaluaciones, tipos de interés, tipos de cambio, condicionamiento a las inversiones, que en un determinado estado de la economía generan inflación, el impuesto más pernicioso para las rentas fijas, y que además es regresivo. Estas disposiciones, medidas y efectos, no son tributos.<sup>128</sup>

Cada uno de los ejemplos presentados permiten verificar diferentes recursos que el Estado puede utilizar para obtener liquidez, siempre articulados mediante actos normativos y con un efecto patrimonial respecto de los particulares.

Por otra parte la autora De la Guerra, desde una visión holística del derecho financiero, define al tributo como “aquella prestación exigida por el Estado en ejercicio de su *poder tributario* y de su *potestad impositiva*, con fuerza obligatoria, cuyo objeto es aportar al sostenimiento del Estado y a la satisfacción de necesidades a través del gasto público, lo cual conlleva a la transformación de los recursos privados en recursos públicos.”<sup>129</sup> (énfasis de la autora)

Esta definición permite de una forma clara demarcar la diferencia entre una regalía -cuyo beneficiario es el Estado en su calidad de titular de un bien- y un tributo. Para imponer tributos el Estado debe hacer uso de su poder tributario, entendido como “la facultad del Estado por virtud del cual puede imponer a los particulares la obligación de aportar una parte de su riqueza para el ejercicio de las atribuciones que le están encomendadas.”<sup>130</sup> Mientras que para establecer una regalía será necesario que el Estado recurra a sus recursos patrimoniales originarios para que asumiendo la calidad de titular de un bien, y cumpliendo con otra potestad derivada de la ley, otorgue a un tercero un derecho de uso y/o de disfrute, y de manera correlativa, exija una compensación por la limitación que sufre en el derecho de dominio del bien.

La clasificación que realiza la doctrina generalmente aceptada de los tributos y que es recogida por la Constitución del Ecuador, los divide en impuestos, tasas y contribuciones especiales. Para llegar a esta clasificación varios autores<sup>131</sup> han resaltado los elementos constitutivos de cada clase de tributo. En base a esos elementos, se realizará una comparación con la regalía de origen legal cuyo beneficiario es el Estado, para identificar los rasgos diferenciadores respecto de cada una de las categorías de tributos.

---

<sup>128</sup> *Ibíd.*

<sup>129</sup> De la Guerra, *El Rol de los Ingresos Tributarios en las Finanzas Públicas Ecuatorianas*, 64.

<sup>130</sup> Francisco de la Garza, *Derecho Financiero Mexicano*, (México: Ed. Porrúa, 2006), 207.

<sup>131</sup> Véase en Troya Jaramillo, *Manual de Derecho Tributario*.

Para ello se utilizará la clasificación que responde al criterio de vinculación a la actividad estatal propuesta por Ataliba. El autor establece que el impuesto como tributo no vinculado, es aquel cuya hipótesis de incidencia consiste en un hecho distinto a la actuación estatal; mientras que, cuando existe actuación estatal, estaremos ante tributos vinculados.<sup>132</sup> Así, “tributos vinculados son aquellos cuyo pago se produce por efecto de una actividad del Estado en calidad de contraprestación, de tal forma, que el pago del tributo es la consecuencia de recibir en forma directa un servicio o percibir un beneficio por efecto de una actividad inmediata y en teoría proporcional al pago (...).”<sup>133</sup> Para el autor Troya Jaramillo los tributos no vinculados “son aquellos cuyo presupuesto de hecho consiste en una actividad estatal dirigida al particular.”<sup>134</sup> Los impuestos son lo únicos que se catalogan como tributos no vinculados, mientras que se considera a las tasas y a las contribuciones especiales como tributos vinculados, por su estrecha conexión con la actividad estatal.

El impuesto se entiende como “el tributo cuya obligación tiene como hecho generador una situación independiente a toda actividad estatal relativa al contribuyente.”<sup>135</sup> Es por este motivo una de las mayores fuentes de ingresos de los Estados, considerando que el ente estatal no deberá realizar ninguna erogación de sus arcas fiscales para tener derecho al cobro del impuesto.

Según el autor Troya, las posiciones de los autores Pérez de Ayala, González, Villegas y de Micheli coinciden en lo sustancial en la definición de impuesto.<sup>136</sup> De esta forma en su estudio menciona que:

Las expresiones que utilizan estos autores, son en su orden: prestación no condicionada por una actividad administrativa particular y concreta; hechos imponibles ajenos a toda actividad estatal relativa al obligado; y, prestación debida sin ninguna relación específica con una particular actividad del ente público y menos a favor del sujeto mismo que está obligado cumplirla.<sup>137</sup>

Por lo tanto, se reafirma la diferencia que existe entre una regalía y un impuesto, en razón de que bajo la primera figura, un tercero se ve compelido al pago porque recibe un beneficio (el uso o el goce) de un bien del que es titular el Estado,

---

<sup>132</sup> Geraldo Ataliba, *Hipótesis de Incidencia Tributaria* (Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 1977), 146.

<sup>133</sup> De la Guerra, *El Rol de los Ingresos Tributarios en las Finanzas Públicas Ecuatorianas*, 66.

<sup>134</sup> Troya Jaramillo, *Manual de Derecho Tributario*, 13

<sup>135</sup> Modelo de Código Tributario para América Latina. Artículo 15.

<sup>136</sup> Troya Jaramillo, *Manual de Derecho Tributario*, 24.; Valdés Costa, *Curso de Derecho Tributario*, 141.

<sup>137</sup> *Ibíd.*

mientras que por la naturaleza del impuesto, se exige una prestación patrimonial solamente por el mandato de la ley, sin que exista una prestación estatal a favor del contribuyente. Por supuesto, la prestación ausente en este esquema es la concesión a favor de un particular por la que se le otorga el derecho de uso y explotación de los recursos mineros.

A consideración del autor Giuliani Fonrouge “los impuestos son prestaciones en dinero o especies exigidas por el Estado en virtud del poder de imperio a quienes se hallen en las situaciones consideradas por la ley como hechos impositivos.”<sup>138</sup> De esta definición se debe resaltar el poder de imperio que tiene el Estado para exigir el cumplimiento de la obligación tributaria, así como la forma en la que se puede extinguir la obligación. El autor menciona que la prestación puede ser en dinero o especies, siendo la forma comúnmente aceptada de cumplir con esta prestación en dinero; no obstante, la posibilidad de que se lo haga en especie dependerá de la legislación interna de cada país.

Acerca de la regalía existe coincidencia en la forma de extinguir la obligación -en dinero o especie-, así como las limitaciones que se pueden imponer mediante ley. Sin embargo, la naturaleza de la obligación varía en razón de que para la configuración de una regalía debe estar presente la voluntad de las partes, especialmente aquella proveniente del sujeto privado, que por su naturaleza está ausente en la relación legal de origen tributario.

Con relación a la tasa, considerada como “el tributo que mayor dificultad presenta respecto de su naturaleza,”<sup>139</sup> al no ser el tema de este estudio, se presentarán solo los rasgos diferenciadores más relevantes. Para autores como García Novoa, la tasa es un tributo que tiene como presupuesto la prestación de un servicio, pero es una obligación legal y no una contraprestación, que solo se refiere a obligaciones contractuales.<sup>140</sup> En el mismo sentido Troya sostiene que las tasas “consisten en prestaciones que cobra el Estado unilateralmente sin que se requiera necesariamente el consentimiento del particular.”<sup>141</sup> El autor Medrano, comparando la tasa con precio público sostiene que “sólo las tasas tienen naturaleza tributaria, de tal manera que

---

<sup>138</sup> Carlos Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero* (Buenos Aires: Depalma, 1993), 291.

<sup>139</sup> Troya Jaramillo, *Manual de Derecho Tributario*, 28.

<sup>140</sup> César García Novoa, *El Concepto de Tributo* (Lima: Tax Editor S.A., 2009), 289.

<sup>141</sup> Troya Jaramillo, *Manual de Derecho Tributario*, 29-30.

únicamente respecto de ellas resultarían aplicables las regulaciones que el ordenamiento jurídico legal prevé en el caso de prestaciones de esa clase.”<sup>142</sup>

Parte de la doctrina rechaza la idea de contraprestación ya que el cobro de la tasa se exige por un mandato de ley *-ex lege-*, y no por la concurrencia de voluntades entre el administrado y el Estado *-ex contratum-*. Por otra parte es necesario hacer mención que para la concepción clásica, la tasa es la contraprestación del beneficio que obtiene el contribuyente por el servicio público brindado por el Estado; mientras que para la concepción moderna, la prestación es exigible con ocasión del servicio público o su disponibilidad de uso.<sup>143</sup> En ambos casos el Estado debe ejecutar una acción para el servicio este disponible; por lo tanto a pesar de las discrepancias, existe aceptación acerca de que la tasa se encuentra vinculada a la prestación de un servicio público a cargo del Estado.

Con relación a la obligatoriedad de pago de la tasa, el autor Valdés Costa cita a Gomes de Sousa, quien menciona que “la propia idea de un tributo facultativo es contradictoria.”<sup>144</sup> Acoge también la posición de los autores Balerio, Ribeiro de Moraes y Ruy Barbosa Noruega, para quienes la tasa es un tributo resaltando su carácter compulsivo ya que “una prestación a título facultativo o negocial no será tributo; [ya que] no resulta del poder de tributar.”<sup>145</sup>

El Estado no puede acordar con todos sus administrados los términos de la prestación de un servicio que por mandato normativo le compete. Tampoco puede obligar a un administrado a utilizarlo; sin embargo, para que el cobro sea exigible a pesar de que no sea utilizado por los ciudadanos, debe existir el servicio y ser efectivamente prestado. En este sentido, la cuantificación de la base imponible y la aplicación de la tarifa no se encuentran relacionados con criterios de equivalencia en la cantidad o calidad de la prestación, sino que para exigir el pago, debe haberse simplemente puesto el servicio a disposición del contribuyente.

Por lo expuesto, la tasa difiere de una regalía en virtud de que la primera se exige por mandato legal sin que medie la voluntad de la persona a quien se pone a disposición un servicio público. Para justificar el cobro de la regalía, a más de

---

<sup>142</sup> Humberto Medrano Cornejo, “Hecho imponible y objeto del tributo”, En Cesar García Novoa, Catalina Hoyos, coord., *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI*, tomo I (Madrid-España-Buenos Aires: Marcial Pons, 2008), 100.

<sup>143</sup> Troya Jaramillo, *Manual de Derecho Tributario*, 2930.

<sup>144</sup> Valdés Costa, *Curso de Derecho Tributario*, 157.

<sup>145</sup> *Ibíd.*



requerirse el cumplimiento de parámetros legales, a cambio es necesario concertar la forma de utilización del bien y se deben ejercer los derechos de uso y disfrute de manera efectiva, no solo potencial. El ejercicio de estos derechos debe darse de manera efectiva, porque a raíz de la naturaleza contraprestacional de la regalía, este ejercicio es necesario para poder cuantificar el importe que será cancelado de forma equivalente al beneficio que recibe el que usa o se aprovecha el bien.

El autor Arrijoja, quien realiza una distinción entre los ingresos provenientes de bienes y actividades del Estado, y la relación jurídica tributaria, concluye que los ingresos financieros provienen de todas las fuentes de financiamiento a las que el Estado recurra, más de las que recibe por las prestaciones tributarias.<sup>146</sup> De esta forma la explotación de los recursos patrimoniales de un Estado no tienen la naturaleza de tasas, sino que su exigencia de cobro es por la gestión del patrimonio del Estado. A pesar de las dificultades que entraña el analizar cada elemento de la tasa, las concepciones esbozadas reafirman suficientes características disímiles entre tasa y regalía como para poder concluir que pertenecen a distintas categorías en el ámbito jurídico.

La contribución especial aparece en el tercera categoría de la clasificación de los tributos y se encuentra desarrollada en varias legislaciones. Si bien para muchos es una forma autónoma de obtener ingresos a consecuencia del beneficio que recibe el administrado por una actividad estatal; otros autores no la consideran así, sino que la entienden como una especie intermedia entre impuestos y tasas.<sup>147</sup>

El autor Troya menciona que los autores que niegan su utilidad sustentan sus teorías en que el beneficio que reciben los administrados puede ser gravado mediante impuestos en el acto de *imperium*.<sup>148</sup> Frente a este planteamiento el mentado autor puntualiza que “ante todo vale la pena señalar que el *acto de imperio*, que crea, modifica o suprime una contribución, emanado del Estado, es común a todos los tributos y no únicamente a los impuestos.”<sup>149</sup> (Énfasis de Troya)

Para el autor Giannini, citado por De la Garza, sostiene que:

El tributo especial es una prestación debida: a) Por quienes encontrándose en una determinada situación, experimentan una particular

---

<sup>146</sup> Adolfo Arrijoja Vizcaíno, *Derecho Fiscal* (México D. F: Editorial Themis, 1985), 253.

<sup>147</sup> Antonio Berliri, *Principios de Derecho Tributario*, vol. I (Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1964), 319-320.

<sup>148</sup> Troya Jaramillo, “*Manual de Derecho Tributario*”, 53-4.

<sup>149</sup> *Ibíd.*, 54.

ventaja económica por efecto del desarrollo de una actividad administrativa, frente a todos los demás a quienes la propia actividad beneficia de modo indistinto, o bien, b) por quienes, como consecuencia de las cosas que poseen o del ejercicio de una industria, de un comercio o de otra actividad, provocan un gasto o un aumento de gasto en el ente público.<sup>150</sup>

Para la configuración de esta especie de tributo el administrado debe beneficiarse de la actividad estatal. En conexión con esta aparente inacción del administrado, el autor Ataliba manifiesta que la razón por la que el Estado tiene derecho a exigir el cobro de la contribución, es por el hecho de que “el propietario en nada contribuye para la obra -que genera valorización- no es justo que se apropie de ese beneficio específico.”<sup>151</sup> Atendiendo a un criterio de justicia, la exigibilidad de la contribución especial se produce en razón del beneficio para el particular que se genera de manera indirecta por una actividad cuyo fin es de interés general.

El autor De la Garza entiende por “contribución especial la prestación en dinero legalmente obligatoria a cargo de aquellas personas que reciben un beneficio particular, producido por la ejecución de una obra pública o que provocan un gasto público especial con motivo de la realización de una actividad determinada, generalmente económica.”<sup>152</sup> De este concepto se desprenden dos sub-clasificaciones: a) La contribución especial de mejoras por la que se exige el pago a causa del beneficio económico que percibe el contribuyente a consecuencia de una obra pública; y b) la contribución especial de gasto, que consiste en una prestación pecuniaria que se exige a quien produce un agravamiento del gasto público por el aprovechamiento de un servicio.

En nuestro medio es más común la contribución especial de mejoras, a diferencia de las contribuciones por gastos. “Se sostiene que éstas [contribuciones por gastos] se basan tanto en el mayor gasto en que incurre el ente público por actividades realizadas por particulares, así como por las especiales condiciones en que se encuentran determinados bienes de los mismos.”<sup>153</sup>

De lo expuesto resultan evidentes las diferencias que se presentan entre este tributo con la regalía legal. En la regalía no existe una actividad estatal por la que se vea beneficiada la persona que tiene el derecho de uso y disfrute del bien, sino que por

---

<sup>150</sup> Francisco de la Garza, *Derecho Financiero Mexicano*. 18a. 3d. (México: Editorial Porrúa, 1944), 344.

<sup>151</sup> Geraldo Ataliba, *Hipótesis de Incidencia Tributaria*, 191.

<sup>152</sup> De la Garza, *Derecho Financiero Mexicano*, 344.

<sup>153</sup> Troya Jaramillo, *Manual de Derecho Tributario*, 68.

el contrario, el particular debe realizar erogaciones al Estado a consecuencia de la actividad que desarrolla y los ingresos que percibe. Principalmente, el Estado presta en este esquema un servicio extraordinario, y a su vez los administrados tienen como única obligación el pago de un valor determinado (aproximadamente a prorrata del beneficio recibido). Correlativamente, está ausente cualquier otra obligación del administrado, como la de explotación de recursos naturales, por lo que la asimilación entre las dos figuras resulta imposible.

## **2.4 Rasgos característicos y diferenciadores de la regalía**

Analizados los tres tipos de tributos y sus características, se afirma que la regalía no es asimilable en ningún figura tributaria. Si bien a consecuencia de los tributos y el pago de regalías se exigen prestaciones patrimoniales; los tributos se imponen legalmente por el poder tributario, mientras que en el caso de una regalía debe haber una concurrencia de voluntades por el que se acuerde el pago de una contraprestación dando cumplimiento de una obligación correlativa por concepto de compensación a consecuencia de una limitación en la propiedad de un bien. El poder de crear, modificar, y suprimir tributos le compete de manera exclusiva y unilateral al Estado, sin que medie acuerdo con los obligados al pago. Una vez creados los tributos por decisión de los representantes del pueblo, los ciudadanos se ven compelidos al pago de manera coactiva.

De manera diametralmente opuesta, en el caso de la regalía es necesario que la persona que desee hacer uso o aprovecharse de un bien de titular estatal o de un tercero, debe acordar con el dueño del bien la forma de hacerlo. En este sentido debe haber concurrencia de voluntades entre las partes contratantes, respetando en todo momento lo que determina el ordenamiento jurídico interno de cada Estado. Es verdad que ciertas legislaciones tienden a limitar el ámbito de actuación de los contratantes, establecimiento, por ejemplo, porcentajes máximos o mínimos por el cobro de regalías; no obstante, en caso de no estar de acuerdo con esas regulaciones las partes pueden desistir del negocio, hecho que no es permitido con los tributos.

Otro punto que merece la pena ser analizado, es que configurada la relación jurídico tributaria en virtud de las facultades otorgadas al Estado en su calidad de acreedor, no existe un tratamiento equitativo ni igualitario con relación al

contribuyente. La autora Simone menciona que “sin duda en el accionar del Estado en su fase administrativa, éste tiene una prerrogativas que hace difícil que la relación sea al menos equitativa entre las partes de la relación jurídico tributaria.”<sup>154</sup>

Si bien la doctrina afirma que la relación entre Estado y contribuyente es una relación jurídica y no de poder, la autora considera que “pese a que existen múltiples garantías a favor de los administrados, aún hoy resulta innegable la existencia de una suerte de superioridad del Estado, que imposibilita el hablar de equidad en la relación jurídico tributaria.”<sup>155</sup>

En la configuración de la relación que da lugar al cobro de una regalía, en cambio, se habla de acuerdos en donde las partes, independientemente de si se encuentran reguladas por el derecho público o privado, buscan una verdadera relación entre iguales, o al menos, de menor desigualdad que una relación típica tributaria. Esto tiene sentido si se analizan los intereses de las partes. El Estado, al menos en la fases iniciales de una operación que resulte en el pago de regalías, está llamado a invitar la inversión de un tercero, y en tal medida, puede verse compelido a otorgar ciertas facilidades, diferentes a la pura imposición de su poder en el ámbito tributario. Esto, claro está, sin renunciar a sus potestades y atribuciones. Otros ejemplos de este comportamiento estatal se plasman en los Tratados Bilaterales de Inversión, en razón de que mediante su suscripción, se busca limitar las potestades de los Estados para otorgar seguridad al inversionista de uno de los Estados contratantes.

El hecho de que el pago de regalías esté regulado como obligatorio en el ordenamiento jurídico, no transforma su naturaleza contraprestacional o *ex contractum*. Esta circunstancia regula el ámbito de las negociaciones y las actuaciones de las partes; no obstante, es necesario resaltar que no limita el derecho del titular del bien de negociar las facultades que de éste se desprenden, así como las de un tercero en búsqueda del aprovechamiento de éstas. Todos los acuerdos a los que arriben las partes deberán plasmarse en contratos con las estipulaciones específicas, respetando lo que mande la ley.

En la actualidad la utilización de la palabra regalía no se encuentra limitada a los usos relativos a sus antecedentes históricos, ni a una sola área del derecho. Se la utiliza en varios ámbitos jurídicos y en diferentes contextos, por lo que pese al análisis

---

<sup>154</sup> Carmen Amalia Simone, La Equidad en el Ecuador (ponencia), en *XI Jornadas Nacionales de Derecho Tributario: El principio de Equidad Tributaria en el Ecuador*, 17

<sup>155</sup> *Ibíd.*, 18.

previo, las notas comunes que emanan de los distintos tipos de regalías coadyuvan para crear una conceptualización apropiada de su naturaleza.

## Capítulo tres

### Régimen minero y fiscal de la regalía minera en el Ecuador

Habiendo profundizado acerca de la doctrina que permite el estudio de la figura de la regalía minera, resulta pertinente enfocar la presente investigación a las normas que la regulan. Por la importancia de la actividad minería en el Ecuador, se limitará el desarrollo de este capítulo al ordenamiento jurídico interno ecuatoriano, recurriendo a normas extranjeras en casos puntuales.

El ordenamiento jurídico del Ecuador -de acuerdo a normas constitucionales- se encuentra estructurado conforme a lo establecido por el autor Kelsen, para quien el orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas o coordinadas, sino que existe una estructura jerárquica.<sup>156</sup> Para Kelsen existe una norma fundamental en donde “encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico.”<sup>157</sup>

En el contexto ecuatoriano, la norma fundamental es la Constitución de la República del Ecuador, norma suprema que prevalecerá sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico.<sup>158</sup> Con relación a la jerarquía normativa, la misma Constitución determina que el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: la Constitución, los tratados y convenios internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, las normas regionales y las ordenanzas distritales, los decretos y reglamentos, las ordenanzas, los acuerdos y las resoluciones, y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.<sup>159</sup>

A partir de esta jerarquización constitucional, se analizarán las normas que permiten profundizar acerca del régimen fiscal de la regalía minera en el Ecuador. Para ello se iniciará con el estudio del Mandato Minero (3.1); postulados constitucionales (3.2); Plan Nacional de Desarrollo (3.3); y, leyes y normativa relevante para la regalía minera (3.4). Se hará un breve análisis de normativa comparada (3.5) y finalmente se

---

<sup>156</sup> Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*. Trad. por Moisés Nilve. (Buenos Aires: EUDEBA, 1965), 147.

<sup>157</sup> *Ibíd.*, art. 139.

<sup>158</sup> *Constitución de la República del Ecuador* [2008], art. 424.

<sup>159</sup> *Ibíd.*, art. 425.

abordarán los problemas y propuestas de solución en torno al régimen fiscal de la regalía minera (3.6).

### **3.1 Análisis del Mandato Minero y sus repercusiones**

El análisis del ordenamiento jurídico ecuatoriano debería iniciar en la Constitución de la República de 2008, sin embargo previo a ello, es importante mencionar que antes de su vigencia, la Asamblea Constituyente promulgó varios Mandatos Constituyentes. Entre ellos, interesa el Mandato Minero o Mandato Constituyente No.6<sup>160</sup>, publicado el día 22 de abril de 2008.

De la parte motiva del texto se desprende principalmente que las sustancias minerales existentes en el subsuelo, en los ríos y lagos, lechos y riberas y en cualquier otra parte del territorio nacional, se declaran de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado ecuatoriano, debiendo ser explotadas en función de los intereses nacionales. Se menciona que para ello se deberá dar cumplimiento estricto a las obligaciones legales, incluidas las concernientes a la preservación del medio ambiente y el respeto a los derechos de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y comunidades que se vean involucradas directa o indirectamente por la actividad minera.

En relación a la exploración y explotación de minerales se debe pagar patentes, regalías y los tributos establecidos en la ley. A su vez, se reconoce que para el desarrollo de la actividad minera se requiere de un marco jurídico seguro y equitativo; no obstante, se considera que hasta ese momento el marco jurídico institucional era insuficiente, por lo que hasta la promulgación de una nueva Ley de Minería -acorde al modelo de desarrollo deseado por el país-, era necesario tomar medidas urgentes como las adoptadas en el Mandato Constituyente No. 6.

En él se declaró la extinción sin compensación económica de todas las concesiones mineras metálicas que incurran en una de las siguientes conductas: a) en la fase de exploración no hayan realizado ninguna inversión en el desarrollo del proyecto al 31 de diciembre del 2007, no hayan presentado su respectivo estudio de impacto ambiental, o no hayan realizado los procesos de consulta previa, inclusive las

---

<sup>160</sup> Asamblea Constituyente del Ecuador, *Mandato Constituyente No. 6*, en *Registro Oficial, Suplemento* No. 321 (en adelante citado como *ROS*) (22 de abril de 2008).

que estén pendientes de resolución administrativa; b) fueron otorgadas al interior de áreas naturales protegidas, bosques protectores y zonas de amortiguamiento definidas por la autoridad competente; c) afecten nacimientos y fuentes de agua; d) en número mayor de tres (3) hayan sido otorgadas a una sola persona natural o a su cónyuge; o a personas jurídicas y sus empresas vinculadas, sea a través de la participación directa de la persona jurídica, o de sus accionistas y sus parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. En este caso se excluyeron a las concesiones mineras de no metálicos que se encontraban en explotación; e) fueron otorgadas a favor de funcionarios y ex funcionarios del Ministerio de Recursos Naturales, Ministerio de Energía y Minas, y Ministerio de Minas y Petróleos, o a sus parientes inmediatos, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, por utilización en su interés personal de información privilegiada, o detenten terceros, y que sean producto de la transferencia de concesiones inicialmente otorgadas a funcionarios y ex funcionarios del Ministerio de Recursos Naturales, Ministerio de Energía y Minas y del Ministerio de Minas y Petróleos o de sus parientes inmediatos, hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

También se declaró la caducidad de las concesiones mineras metálicas que no hayan cancelado las patentes de conservación hasta el 31 de marzo de cada año y por adelantado a partir del año 2004. De no incurrir en ninguna de las conductas mencionadas, las actividades de todas las concesiones mineras metálicas quedaron suspendidas; se excluyeron las que se encontraban en fase de exploración, invirtieron en proyectos de desarrollo hasta el 31 de diciembre del 2007, presentaron el estudio de impacto ambiental y realizaron los procesos de consulta previa, sin embargo, debían renegociar sus títulos bajo las condiciones del nuevo marco legal.

En los casos de concesiones mineras no metálicas y de materiales de construcción que no hayan estado inmersos en los casos descritos en las causales de terminación y de caducidad, podían continuar sus actividades pero también estaban obligados a renegociar sus títulos de acuerdo al nuevo marco legal que regulaba la actividad.

Las concesiones mineras de pequeña escala, minería artesanal, minería de subsistencia, las concesiones mineras en las que se encuentren operando cooperativas, asociaciones y condominios mineros debidamente legalizadas podían continuar sus actividades, excepto las que fueron otorgadas al interior de áreas naturales protegidas, bosques protectores y zonas de amortiguamiento definidas por la autoridad



competente, y afecten nacimientos y fuentes de agua. En este supuesto ninguna persona podía poseer títulos mineros individuales o en conjunto que excedan de las ciento cincuenta (150) hectáreas mineras en producción o que tengan un volumen de explotación de más de ciento cincuenta (150) toneladas al día.

Se prohibió el otorgamiento de nuevas concesiones hasta que entre en vigencia el nuevo marco constitucional y legal, por lo que se archivaron los trámites pendientes de resolución de solicitudes de nuevas áreas mineras. En estos casos se devolvieron los valores cancelados por concepto de derecho de trámite a los solicitantes.

En el artículo final se estableció que el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el Mandato Constituyente No.6 eran obligatorias y que no serían susceptibles de quejas, impugnación, acción de amparo, demanda, reclamo, recurso o cualquier acción administrativa o judicial, y tampoco daría lugar a indemnizaciones.

Todo esto resulta importante para el tema de regalía minera, ya que es necesario conocer y entender los cambios normativos que adoptó el país, en relación con los recursos naturales no renovables que dan lugar a su cobro durante el periodo de transición al nuevo régimen constitucional.

Se debe mencionar que la Ley de Minería de 1991<sup>161</sup> y su reglamento, preveían el cobro del 3% sobre el valor de la producción bruta de todas las sustancias minerales por concepto de regalías.<sup>162</sup> Esto hasta el año 2000 que se las eliminó mediante la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana.<sup>163</sup> En ese año además se estableció que el régimen tributario aplicable a inversiones en el sector minero podría ser objeto de tratamientos y garantías especiales mediante convenios de inversión, y que sin perjuicio de lo establecido en los referidos convenios, las inversiones en actividades mineras gozarían de estabilidad jurídica y tributaria por el plazo y condiciones que determinare el Ministro de Energía y Minas, mediante acuerdo ministerial, considerando la cuantía de la inversión.<sup>164</sup>

En los convenios de inversiones, que se suscriben generalmente a raíz de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), se otorgan seguridades al inversionista a partir de estándares de protección como trato justo y equitativo, no discriminación,

---

<sup>161</sup> Ecuador, *Ley de Minería de 1991*, en ROS No.695 (31 de mayo de 1991). Derogada por *Ley No. 45*, en ROS No. 517 (29 de enero del 2009). En adelante se cita como Ley de Minería de 1991.

<sup>162</sup> Ecuador, *Reglamento de la Ley de Minería de 1991*, en *Registro Oficial* (en adelante citado como RO) No.797 (24 de octubre de 1991), art. 66.

<sup>163</sup> Ecuador, *Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana*, en RO No. 144 (18 de agosto del 2000).

<sup>164</sup> *Ley de Minería de 1991*, art. 151.

estabilidad jurídica, entre otros. También se incluyen cláusulas de resolución de controversias, y al ser tanto los convenios de inversión como los TBI, instrumentos internacionales no se puede alegar normas internas de un Estado para fundamentar su falta de cumplimiento.

El hecho de que a raíz del Mandato Minero se declararon terminadas las concesiones mineras sin compensación económica y se haya establecido que no existirá acción alguna en su contra, ni indemnización por daño, resulta una violación directa a los derechos de los titulares que invirtieron en la concesión minera, y en el caso de inversionistas extranjeros, deviene en un incumpliendo a los convenios de inversión y TBIs. Para ilustrar este suceso se puede citar el caso *Copper Mesa Mining Corporation vs Ecuador*.<sup>165</sup>

Para el año 2008 la empresa canadiense Copper Mesa era la titular de varias concesiones mineras en Ecuador en los sectores de Junín, Telimbela y Chaucha.<sup>166</sup> A raíz del Mandato Minero, la Subsecretaría de Minas las declaró extintas, por no existir documentación que demuestre que se realizaron procesos de consulta. La compañía intentó interponer varias acciones y recursos administrativos, sin embargo, ninguno fue aceptado. Ante esto, el día 21 de enero de 2011, al amparo del Tratado Bilateral de Protección de Inversiones suscrito entre Ecuador y Canadá, la empresa presentó una demanda arbitral por supuestas violaciones al TBI, específicamente a las garantías de trato justo y equitativo; protección y seguridad plenas; expropiación; y trato nacional.

En lo pertinente, el Tribunal tomó en consideración las resoluciones del 12 de noviembre de 2008, que se sustentaban en el artículo 1 del Mandato Minero y dieron por terminado las concesiones de Junín sin notificación previa u oportunidad para que la empresa presente una defensa. A su vez, menciona que a pesar de que el demandante apela la decisión de terminación el 18 de noviembre de 2008, se le informa que en base al artículo 12 del Mandato Minero, la misma no es procedente, así como ninguna otra acción administrativa o judicial.

---

<sup>165</sup> Tribunal Arbitral, *Caso Copper Mesa Mining Corporation vs The Republic of Ecuador*. Laudo final 15 de marzo de 2016. En adelante se cita *Copper Mesa vs Ecuador*, Laudo final. Si bien este caso va más allá de los argumentos planteados en esta investigación, es necesario resaltar su relevancia en relación a temas de expropiación indirecta para las concesiones de Chaucha, el rechazo del Tribunal de los reclamos acerca del archivo de las concesiones de Telimbela, la culpa concurrente del actor condenado por los actos de la empresa, que en palabras del Tribunal es así por: “reclutar y usar hombres armados, disparando armas y arrojando gases a civiles, no como un incidente accidental o aislado sino como parte de planes premeditados, disfrazados y bien financiados para tomarse la justicia por sus propias manos.” p. 6.99 (traducción propia)

<sup>166</sup> Para este trabajo interesa las concesiones en el área Junín.

De acuerdo a esto el tribunal analizó si existen los siguientes elementos para que se configure la expropiación:

(i) Que la medida prive al inversor de su inversión en forma permanente; (ii) que la privación resultante no encuentra ninguna justificación más que el ejercicio legítimo de la política pública del demandado o facultades de regulación y (iii) la no aplicación del artículo XVII (3) del Tratado. Los principales problemas que se refieren aquí son los requisitos segundo y tercero: una revocación puede equivaler a una privación con carácter definitivo, como hicieron las resoluciones de terminación; pero el demandado pretende justificar que la revocación fue una respuesta legítima a un problema social y político se enfrenta el país en su conjunto, por lo que el derecho internacional no prevé recursos y respecto de la cual el artículo XVII (3) proporciona por excepción expresa.<sup>167</sup> (traducción propia)

El Tribunal confirmó que las resoluciones de terminación privaban de su inversión al inversionista. Si bien también reconoce el derecho del Estado de regular los asuntos internos de interés nacional, considera que las resoluciones de terminación se adoptaron de manera arbitraria y sin un debido proceso.<sup>168</sup> Por esta razón el Tribunal confirma que las medidas fueron expropiatorias a la luz del artículo VIII del Tratado; resalta el hecho de que no se efectuó ninguna compensación y que la compañía tampoco tuvo acceso a recursos en contra de los efectos que producían las resoluciones.<sup>169</sup>

Para el 15 de marzo de 2016, el Tribunal emitió su laudo, en el que solamente por la expropiación de las concesiones de Junín, se condena al Ecuador al pago de aproximadamente once millones ciento ochenta y cuatro mil dólares (USD 11,184,595.80) por concepto de indemnización. Si bien la empresa había invertido aproximadamente en ese campo quince millones novecientos setenta y siete mil dólares (USD 15,977,994), el Tribunal consideró que debido a su culpa concurrente, el perjuicio causado debía ser reducido en un 30%.<sup>170</sup> El monto total con la indemnización por las concesiones de Chaucha y Junín, asciende alrededor de 19 millones de dólares. Actualmente, se encuentra en trámite una acción de nulidad que el Ecuador presentó contra el laudo.

Este caso resulta sumamente importante al ser el primer arbitraje minero en

---

<sup>167</sup> Copper Mesa vs Ecuador, Laudo final, p. 6.59.

<sup>168</sup> *Ibíd.*, p. 6.66.

<sup>169</sup> *Ibíd.*, p. 6.67-6.69.

<sup>170</sup> *Ibíd.*, p. 7.30.

materia de inversiones al que se enfrenta el Estado ecuatoriano. Si bien para la cuantificación de daños no se toma en consideración las regalías mineras que se dejaron de percibir por el hecho de que la ley aplicable en ese entonces no las exigía, de haber estado vigente la Ley de Minería de 1991 sin las reformas del año 2000, éste hubiera sido un monto que el Tribunal debía tener en consideración para la cuantificación de daños. Para ello, los árbitros hubieran tenido que desentrañar la naturaleza jurídica de la regalía en relación con las obligaciones incumplidas.

El Estado puede tomar las decisiones que considere idóneas de acuerdo sus intereses, sin embargo, debe atenerse a ciertos límites. Es evidente que mediante el Mandato Minero buscaba poner fin a ciertas conductas abusivas por parte de titulares de concesiones mineras, pero para ello en efecto, mediante una decisión política, suprimió la garantía del debido proceso.

De acuerdo a datos de instituciones oficiales, se conoce que antes de la emisión del Mandato Minero, existían 4341 concesiones mineras, y después de su aplicación se registraron un total de 2051 a enero del 2015; en consecuencia, se archivaron 2290 concesiones mineras, sin embargo es necesario resaltar que 955, ocurrieron por causales diferentes a las establecidas en el Mandato.<sup>171</sup> Posterior a su promulgación, se adoptaron la Constitución de la República del Ecuador y la Ley de Minería que se encuentran vigentes

### **3.2 Postulados constitucionales en relación con la actividad minera**

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008 inicia en su artículo 1 estableciendo que los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible. Estas cualidades son inherentes de los bienes públicos que se encuentran sometidos al dominio público. La inalienabilidad y la imprescriptibilidad deben entenderse de la siguiente manera:

La propiedad pública es inalienable, es decir, el poder de disposición jurídica del derecho se encuentra expresamente paralizado. Podría decirse que el bien público sometido al dominio público no está en el comercio respecto del

---

<sup>171</sup> Ministerio de Minería, Agencia de Regulación y Control Minero, Instituto Nacional de Investigación Geológico Minero Metalúrgico, *Plan Nacional de Desarrollo del Sector Minero*, (2016): 18.

poder de enajenación. Por imprescriptible, entendemos lo siguiente: nadie puede ganar por usucapión el dominio de las entidades públicas; si alguien invade, en términos físicos, un bien público, sus actos materiales no se pueden reconocer como verdadera posesión. Finalmente, los bienes que conforman el dominio público no pueden afectarse con la medida cautelar denominada *embargo*, con la cual se saca del comercio un bien del deudor y se pone a disposición en el proceso ejecutivo. (énfasis de los autores)<sup>172</sup>

Con relación a la irrenunciabilidad, el Estado no puede desistir a la titularidad de dominio de los recursos naturales no renovables. Por lo tanto, los yacimiento mineros que se encuentran en el territorio nacional no pueden ser enajenados ni embargados a consecuencia de que solamente el Estado puede ser el titular de dominio de ellos.

De manera concordante a las cualidades de estos bienes, se ordena que el Estado central tendrá competencia exclusiva sobre recursos minerales,<sup>173</sup> explicado el por qué solamente el Estado puede decidir sobre el uso, beneficio y disposición de estos recursos. La Constitución ha destinado también un capítulo específico para sectores estratégicos, que son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deben orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social, en los que se incluye a los recursos naturales no renovables. Por ello, el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar éstos sectores, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.<sup>174</sup>

Para la gestión de los sectores estratégicos, y el aprovechamiento sustentable de recursos naturales, el Estado debe constituir empresas públicas.<sup>175</sup> Sin embargo, puede delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria; y de forma excepcional, puede delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.<sup>176</sup>

De manera puntual se establece que en la gestión de los recursos naturales no renovables, el Estado priorizará: la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, *el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias* y de

---

<sup>172</sup> Carlos Ariel Sánchez, Francisco Ternera Barrios, “El dominio estatal”, *Revista Universitas* Vol. 119 (Colombia: Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, 2009):119.

<sup>173</sup> *Constitución de la República del Ecuador* [2008], art. 261 numeral11.

<sup>174</sup> *Ibíd.*, 313.

<sup>175</sup> *Ibíd.*, 315.

<sup>176</sup> *Ibíd.*, 316.

participaciones empresariales, y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico.<sup>177</sup> De esta forma, se permite que el sector privado co-participe de los beneficios de gestión de los recursos naturales no renovables y para ello el monto que se entregue al Estado no deberá ser inferior al que recibe el inversionista privado.<sup>178</sup> Por lo tanto, se admite que el Estado pueda ceder su derecho a utilizar los yacimiento mineros, y beneficiarse de los frutos de aquellos -que en este caso son los minerales-, siempre y cuando la compensación que reciba a cambio sea igual o superior a lo que recibe la iniciativa privada.

Tanto si la explotación es realizada por el Estado, o por particulares, la Constitución ordena que se deben cumplir con los principios ambientales en ella establecidos.<sup>179</sup> Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente se podrán explotar dichos recursos a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.<sup>180</sup>

Con relación a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, se reconoce y garantiza como derecho colectivo el de participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. Para ello se debe realizar una consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.<sup>181</sup>

El derecho a la consulta previa es un derecho fundamental desarrollado en el

---

<sup>177</sup> *Ibíd.*, 317.

<sup>178</sup> Las modalidades de participación se desarrollan en normativa secundaria que se estudiará más adelante.

<sup>179</sup> *Ibíd.*, art. 408. La Constitución en este apartado hace referencia a principios medio ambientales a los que subyace una visión antropocéntrica, demostrando una coalición con los principios ecológicos que surge de una visión biocéntrica y que no permitirían su explotación.

<sup>180</sup> *Ibíd.*, art. 407.

<sup>181</sup> *Ibíd.*, art. 54.

Convenio 169 de la Organización Internación del Trabajo,<sup>182</sup> en la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas,<sup>183</sup> y reconocido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>184</sup>

En caso del Ecuador la consulta previa es un derecho colectivo obligatorio para comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, quienes tienen derecho de participar en el uso y usufructo resultante de los proyectos de inversión - en este caso mineros-, así como de la administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. Para estos grupos no se debe entender al usufructo como un derecho real con incidencia económica *per se*, sino se deben tener en consideración necesidades sociales y ambientales en concordancia con su cosmovisión.

En el caso de omisión de la consulta previa, se realiza una remisión constitucional y legal, sin embargo, al momento no existe una ley que regule la consulta previa en el Ecuador. Este tipo de consulta no se debe confundir con la establecida en el artículo 398, por la que toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, y la oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, de ejecutar o no el proyecto, no será obligatoria para la instancia administrativa correspondiente de acuerdo con la ley. Este segundo tipo de

---

<sup>182</sup> Organización Internación del Trabajo, *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, No. 169 [1989], Art. 6.- 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

<sup>183</sup> *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* [2007], art. 19: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado

<sup>184</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, 28 de noviembre de 2007. La Corte consideró que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio Saramaka, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o minera para ese caso, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. De no ser así el Estado viola el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención Interamericana de Derecho Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento.

consulta previa es para la protección de un derecho difuso como es el ambiente y se la ejerce por la ciudadanía en general.

La Constitución, a su vez, dispone que los gobiernos autónomos descentralizados municipales (GADs municipales), en cuyo territorio se exploten o industrialicen recursos naturales no renovables, tienen derecho a participar de las rentas que perciba el Estado por esta actividad, de acuerdo con la ley.<sup>185</sup> De manera puntual se reconoce como competencia exclusiva de los GADs municipales, el regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras.<sup>186</sup> Para poder cumplir con esta competencia exclusiva, se la deberá transferir con los recursos correspondientes, ya que conforme se dispone en el artículo 273 de la Constitución, no habrá transferencia de competencias sin la transferencia de recursos suficientes, salvo expresa aceptación de la entidad que asuma las competencias.

En este sentido, se puede afirmar que en el caso ecuatoriano, es el Estado a quien se le otorga la titularidad de dominio de los yacimientos mineros siguiendo un sistema dominialista o demenial. La Constitución establece como competencia exclusiva sobre recursos minerales al Estado central; y sobre áridos y pétreos a los GADs municipales. Del aparente conflicto de competencias entre el Estado Central y los GADs municipales, se debe recalcar la clasificación de la minería por el tipo del mineral, diferenciando a los minerales en metálicos, no metálicos y áridos y pétreos. De esta forma el Estado Central tendrá competencia sobre los tres tipos de minerales, hasta que se transfiera a los GADs municipales la competencia sobre áridos y pétreos. Realizada la transferencia serán los GADs municipales quienes deben decidir acerca de este tipo de recursos.

En todo proceso minero se deberán respetar estándares ambientales, así como los derechos colectivos de pueblos y comunidades reconocidos en la Constitución. Debido a la relevancia de la actividad minera se la ha catalogado como un sector estratégico, por lo que para su aprovechamiento se deben constituir empresas públicas. De no hacerlo, se reconoce que puede participar el sector privado bajo ciertas condiciones determinadas en el ley, y el Estado tendrá derecho a una compensación mediante el cobro de regalías y otras prestaciones económicas.

A partir de estas disposiciones constitucionales, se debe articular la normativa

---

<sup>185</sup> *Constitución de la República del Ecuador* [2008], art. 247.

<sup>186</sup> *Constitución de la República del Ecuador* [2008], art. 264 numeral 12.



secundaria para que el Estado puede beneficiarse de los recursos naturales no renovables. Previo a que los recursos generen ingresos mediante el cobro de regalías mineras -o lo que determine la norma-, es necesaria la concurrencia de varias condiciones que permiten que esta actividad sea factible. Esto debería encontrarse desarrollado de manera coordinada a partir de la leyes orgánicas y normas inferiores hasta las resoluciones de último nivel jerárquico.

Para el caso del Ecuador existe además un instrumento denominado Plan Nacional de Desarrollo,<sup>187</sup> el que a pesar de no ser una ley, es el instrumento al que por disposición constitucional se deben sujetar de manera obligatoria todas las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados.

Por lo tanto, a fin de comprender de manera integral las circunstancias que dan lugar al cobros de regalías, es necesario remitirnos a las normas y disposiciones de los cuerpos antes mencionados y analizar su pertinencia y coherencia con relación a los postulados constitucionales y al régimen fiscal minero.

### **3.3 Regulación minera en el Plan Nacional de Desarrollo**

El Plan Nacional de Desarrollo denominado Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017,<sup>188</sup> fue aprobado en el año 2013 por el Consejo Nacional de Planificación. En él se buscan establecer directrices que guíen las decisiones y actividades gubernamentales, que más allá de discursos líricos, sirvan de base para la planificación nacional y seccional.

El tema que compete a esta investigación se encuentra desarrollado en el objetivo 11, que tiene como fin asegurar la soberanía y la eficacia de los sectores estratégicos para transformación industrial y tecnológica. En el punto de reservas minerales y especulación financiera, se asevera que “el Gobierno de la Revolución

---

<sup>187</sup> Para el sector minero se aprobó recientemente el Plan Nacional de Desarrollo Minero que profundiza lo desarrollado por el Plan Nacional de Desarrollo.

<sup>188</sup> Ecuador, Consejo Nacional de Planificación. “*Resolución No. CNP- 003-2013: Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017*” (24 de junio de 2013). En adelante se cita como *Plan Nacional para el Buen Vivir*.

Ciudadana está empeñado en lograr la gestión estratégica de sus recursos naturales.”<sup>189</sup> Se afirma que menos del 5% del territorio nacional se encuentra explorado, y de lo que se conoce, el 80% de los recursos metálicos (cobre, oro, plata, molibdeno y tierras raras) se ubican en las provincias de Zamora Chinchipe y Morona Santiago.<sup>190</sup>

Por otra parte se dice que aproximadamente el 70% de las áreas con mayor nivel de información geológico-minera disponible se localiza actualmente en las provincias de Azuay, El Oro, Loja, Morona Santiago y Zamora Chinchipe, las cuales además aglomeran aproximadamente 56% de las áreas con probable ocurrencia de depósitos minerales metálicos, el 78% de las concesiones mineras metálicas vigentes.<sup>191</sup> Los 5 proyectos estratégicos nacionales mineros son Mirador, Fruta del Norte, San Carlos-Panantza, Río Blanco y Loma Larga.

En el punto 11.2 se establece como objetivo el industrializar la actividad minera como eje de la transformación de la matriz productiva, y para ello tiene como principales políticas y lineamientos estratégicos los siguientes:

1. Elaborar un inventario dinámico de las reservas estimadas y probadas, y de zonas de extracción y producción de minerales. [L]  
[SEP]
2. Impulsar el desarrollo de las industrias de metalurgia de oro, plata, cobre, siderúrgica de hierro y otros metales negros, para la producción de refinados y bienes con valor agregado. [L]  
[SEP]
3. Aprovechar los recursos minerales no metálicos de manera técnica, económicamente viable y ambientalmente sustentable, para fomentar encadenamientos productivos, la diversificación de la industria y la inclusión de nuevos actores. [L]  
[SEP]
4. Elaborar un balance financiero de largo plazo que determine la rentabilidad para el Estado de la gestión del sector, que incluya la internalización de costos ambientales, la administración de flujos físicos y las inversiones que se deberían realizar en su industrialización.
5. Elaborar contratos tipo de extracción, inversión e industrialización, que incluyan requisitos de sustitución de importaciones, transferencia de tecnología, formación de capacidades locales, preferencia del Estado para la compra de mineral extraído, pago de regalías en especie metálica, desagregación tecnológica, maximización de la incorporación de contenido nacional e implementación de industrias de procesamiento y producción de bienes intermedios y finales, dentro del territorio nacional.

---

<sup>189</sup> *Plan Nacional para el Buen Vivir*, art. 317.

<sup>190</sup> *Ibíd.*, art. 319.

<sup>191</sup> *Ibíd.*, art. 369.

6. Zonificar el desarrollo de actividades mineras metálicas a gran escala, bajo criterios de sustentabilidad ambiental y ordenamiento territorial de nidos por el ente rector de la planificación nacional. [SEP]
7. Impulsar de manera estratégica las empresas públicas mineras para incidir en la actividad del sector. [SEP]
8. Utilizar tecnologías ambientalmente limpias de extracción e industrialización que cumplan los principios de precaución, prevención y eficiencia, para impulsar el desarrollo soberano de la gran minería en el marco de las soberanías alimentaria y energética, el respeto a los derechos colectivos y el derecho al acceso al agua. [SEP]
9. Medir el impacto ambiental y social de la extracción y producción de minerales, para determinar los términos de intercambio ecológicos para el Ecuador.
10. Fortalecer la investigación geológico-minera y el talento humano especializado en industrialización. [SEP]
11. Consolidar el rol del Banco Central del Ecuador como agente de compra y comercialización de oro, para garantizar su [SEP]demanda, precio justo y la sustentabilidad de su extracción.
12. Fortalecer la participación de las PYMES nacionales en las actividades del sector minero en todas sus fases, inclusive en la prestación de servicios complementarios.
13. Impulsar procesos de planificación territorial especial y articular los diferentes niveles de gobierno, para garantizar que las rentas mineras contribuyan a mejorar la calidad de vida de la población de las zonas de influencia.

Con relación a los puntos uno, seis y trece, es evidente la necesidad de identificar las zonas de posible extracción, pero no solamente por temas de índole económico, sino también para cumplir con lo que dispone la Constitución en relación a la consulta previa, derechos colectivos y de los GADs municipales en cuyo territorio se explote. Los puntos dos, tres, y diez tienen una clara tendencia a la industrialización; sin embargo, para ello es necesario que previamente exista una fase de exploración y explotación, cuyo mayor problema es el costo. Es bueno que se considere a las PYMES en las actividades del sector minero, pero se tiene que recordar que éstas pertenecen al sector privado, por lo que para poder participar su regulación debe ser la adecuada para la actividad.

A pesar de que la Constitución establece que de manera excepcional se permitirá al sector privado beneficiarse de la actividad minera, con el punto siete al tratar de fomentar la participación de las empresas públicas a que se dedique a la minería, se demuestra su poca o nula participación en el sector. Esto debido a los costos que la actividad minera conlleva.

La misma crítica que puede realizar a los puntos ocho y nueve, ya que resultaría ideal utilizar tecnologías ambientalmente limpias de extracción e industrialización, y que a su vez cumplan con principios de precaución, prevención eficiencia y el respeto a los derechos colectivos y el derecho al acceso al agua. Cada palabra tiene una connotación especial que en la mayoría de los casos resultan ser contradictorias entre sí, por ejemplo, la idea de un proceso extractivo -que siempre va a contaminar- y que cumpla un principio de prevención -que tiene como fin el evitar la contaminación-. A su vez la idea de impacto ambiental contrasta con el término intercambio ecológico al que le subyace una visión biocéntrica que no acepta el extraer para lucrar.

El elaborar un balance financiero establecido en el punto cuatro, es un medio que efectivamente les permite a las empresas conocer su estado de cuentas, así como temas de contabilidad y patrimonio; pero lo que el Estado necesita es medir la rentabilidad de la actividad, analizar costos ambientales -en los que se deben considerar un sin número de variables- y costos de inversión; por lo que sería mejor hacerlo mediante un análisis financiero mucho más profundo.

Con relación al punto once, resulta cuestionable el hecho de catalogar al Banco Central del Ecuador como agente de compra y comercialización de oro que tenga como objetivo garantizar su demanda, precio justo y la sustentabilidad de su extracción. En virtud de la propia dinámica de las bolsas de valores, que responden a leyes del mercado, donde se fijan precios de acuerdo a la oferta y la demanda, mal podría esperarse que el Banco Central tenga como objetivo garantizar la demanda; en la práctica, incluso mediante una aparente obligación de compra a precio mínimo, que subsidiaría a los productores, con la correlativa carga social que ello implica.

Finalmente, si bien se concuerda con la inclusión de los requisitos establecidos en el punto cinco, especialmente con la transferencia de tecnología, formación de capacidades locales, pago de regalías en especie metálica, e implementación de industrias de procesamiento y producción de bienes intermedios y finales dentro del territorio nacional; se debe matizar la idea de elaborar contratos tipo de extracción, inversión e industrialización. Esto en virtud de que los contratos que van regir la relación contractual del Estado deben realizarse a consecuencia de un análisis exhaustivo de los intereses de las partes, la normativa de la materia y demás exigencias para cada caso en concreto, sin perjuicio de la ventaja de los modelos -bien realizados- respecto de los costos transaccionales del proceso de negociación.

### 3.4 Leyes y normativa relevante para el análisis de la regalía minera

Como se dejó planteado previamente, el Estado ecuatoriano busca obtener ingresos a partir de la explotación de sus recursos naturales no renovables mediante la industrialización de la actividad minera. Queda claro que de manera excepcional se permite que particulares se beneficien de la minería a cambio de una compensación que debe recibir el Estado. A través de normativa secundaria se ha dispuesto que la co-participación que realicen los particulares sea mediante el pago de tributos, regalías, patentes y utilidades laborales atribuibles al Estado. Con relación a la regalía minera es pertinente analizar la Ley de Minería y su Reglamento (3.4.1) y el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización (3.4.2).

#### 3.4.1 Regulación en la Ley de Minería y su Reglamento

Los antecedentes de la regulación minera en el Ecuador se retrotraen a la época colonial en la que el Rey era propietario de subsuelo. Posteriormente en la época republicana pasó del dominio Real al Estado.<sup>192</sup> En 1974 durante la Dictadura Militar se promulgó la Ley de Fomento Minero; en el año 1985 mediante el Decreto Ley N6, emitido por el Presidente León Febres Cordero, se buscaba liberalizar el sector minero y se contemplaba el pago de 3% de regalías al Estado. Para el año 1991, bajo el gobierno de Rodrigo Borja, se promulgó la Ley 126 que buscaba liberalizar la economía, presentando lineamientos para atraer la inversión privada especialmente extranjera, abriendo la minería a las leyes del mercado, definiendo a las concesiones como un derecho real e inmueble de libre transacción, y suprimiendo límites al número de concesiones.<sup>193</sup> En la Ley 126 de 1991 se preveía un pago del 3% de regalías, sin embargo, en el año 2000 se eliminó tal cobro.

Luego del Mandato Minero y la Constitución de la República del Ecuador, entró en vigencia en el año 2009 la actual Ley de Minería.<sup>194</sup> Ella busca regular las

---

<sup>192</sup> Bustamante; Rommel Lara, *El Dorado o Caja de Pandora: Matices para pensar en la minería en el Ecuador*, 65-6.

<sup>193</sup> Unidad de Gestión Territorial, *Diagnóstico Estratégico Minero* (2011), <<http://www.zamora-chinchipe.gob.ec/otzch/documentos/DIAGNOSTICO%20MINERO.pdf>>.

<sup>194</sup> Ecuador, *Ley de Minería*, en ROS No. 517, (29 de enero de 2009). Se utiliza la versión actualizada hasta el año 2016. En adelante se cita como *Ley de Minería*.

relaciones del Estado con las empresas mixtas mineras, con las personas nacionales, extranjeras, públicas, y privadas respecto de la obtención, conservación y extinción de derechos mineros y de la ejecución de actividades mineras en el país. Se establece que será el Presidente el encargado de la definición y dirección de la política minera del Estado, por lo tanto tendrá poder decisorio minero. Para el desarrollo, ejecución y aplicación de la política minera se obrará por intermedio del Ministerio Sectorial -el Ministerio de Minas- y demás organismos que se determinan esa ley.

Se define por derechos mineros a aquellos que emanan tanto de los títulos de concesiones mineras, contratos de explotación minera, licencias y permisos, como de las autorizaciones para instalar y operar plantas de beneficio, fundición y refinación, y de las licencias de comercialización.<sup>195</sup> Así los derechos mineros surgen raíz de un acto administrativo relacionado con todas o alguna de las fases de la actividad minera pudiendo ser prospección, exploración, explotación, beneficio, fundición, refinación, comercialización, y cierre de las minas; existiendo en cada una de las fases una obligación implícita de reparación y remediación ambiental.

La Ley establece que se podrá excepcionalmente delegar la participación en el sector minero a través de concesiones, definiendo a la concesión minera como un acto administrativo que otorga un título minero, sobre el cual el titular tiene un derecho personal, que es transferible previa la calificación obligatoria de la idoneidad del cesionario de los derechos mineros por parte del Ministerio Sectorial, y se pueden establecer prendas, cesiones en garantía y otras garantías previstas en las leyes de acuerdo con las prescripciones y requisitos contemplados en la ley y su reglamento general.<sup>196</sup>

Por concesión minera se entiende como “un acto jurídico, por el cual el Estado transmite al sujeto de derecho privado, sus potestades para la utilización de la riqueza minera. La concesión es pues, la autorización que otorga el Estado para el aprovechamiento de la riqueza minera, bajo determinadas condiciones preestablecidas en la ley.”<sup>197</sup> Su naturaleza es la de un contrato administrativo -*stricto sensu*- ya que es necesario un contrato donde se manifieste la voluntad del concesionario de recibir

---

<sup>195</sup> Ley de Minería, art.17.

<sup>196</sup> Ibíd., art. 30.

<sup>197</sup> Universidad Peruana Los Andes, *Derecho de Minería, Gases e Hidrocarburos*. (s.f): [http://distancia.upla.edu.pe/libros/derecho/09/DERECHO\\_DE\\_MINERIA\\_GASES\\_E\\_HIDROCARBUROS.pdf](http://distancia.upla.edu.pe/libros/derecho/09/DERECHO_DE_MINERIA_GASES_E_HIDROCARBUROS.pdf).

la concesión; requiere la autorización de la Administración que se otorga solamente en el caso que el particular cumpla con los requisitos legales; y, porque al momento de celebrarse el contrato, ambas partes -a pesar de las facultades de la administración- acuerdan someterse a lo establecido en él en concordancia con lo que manda la ley.

En la Ley de Minería se clasifica a los minerales en metálicos, no metálicos, y áridos y pétreos; y los derechos mineros que sobre ellos recaen emanan de actos administrativos establecidos en el artículo 17. Cada uno tiene una regulación distintita, sobre todo para el tema de regalías, por lo que más adelante se hará referencia a cada uno de ellos con su regulación específica.

Con relación a la concesión de minerales metálicos, se otorga por el Ministerio de Minería luego de una subasta pública, mientras que el otorgamiento de concesiones mineras no metálicas no requiere de subasta. La regulación de los áridos y pétreos le compete a los Gobiernos Autónomos descentralizados por lo que la normativa aplicable esta prevista en el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización

En lo concerniente a las modalidades contractuales, para la etapa de explotación la Ley prevé que puede desarrollarse mediante un Contrato de Servicios Profesionales o a través de un Contrato de Explotación Minera. En la primera modalidad el prestatario minero recibe como contraprestación a su encargo el pago de un honorario y es el Estado quien asume el riesgo de la operación. El que presta el servicio al Estado no está obligado a pagar regalías ni los impuestos que deriven de ganancias extraordinarias.

Por el contrario, en la segunda modalidad, es el concesionario quien extrae los recursos minerales bajo su cuenta y riesgo, se apropia de los recursos extraídos, y debe cancelar al Estado regalías mineras por dicha apropiación. Una vez que existe la resolución que declara el inicio de la etapa de explotación minera, el concesionario debe suscribir con el Estado un contrato de explotación, en el cual se estipulan los términos, condiciones y plazos contractuales. En referencia al monto a pagar por concepto de regalías, se menciona que el Estado podrá acordar con los concesionarios mineros el pago de rentas y regalías generados por el aprovechamiento de minerales metálicos, con el producto refinado de su explotación,<sup>198</sup> En caso de ser otra la forma de pago, las regalías se estipulan de acuerdo a lo establecido en el Capítulo IV.

---

<sup>198</sup> *Ley de Minería*, art. 41.

El Estado, como propietario de los recursos naturales no renovables, tiene derecho a recibir el pago de regalías de parte de los concesionarios mineros, pero solamente en los casos en que se suscriban contratos de explotación minera. La Ley dispone que las regalías se cobrarán en base a un porcentaje sobre la venta del mineral principal y de los minerales secundarios, serán pagadas semestralmente en los meses de marzo y septiembre de cada año, y los montos por concepto de regalías deberán estar debidamente reflejados en los informes semestrales de producción y en las declaraciones presentadas al Servicio de Rentas Internas (SRI).<sup>199</sup>

Los informes semestrales se efectúan a través un formulario expedido por la Agencia de Regulación y Control Minero (ARCOM), que entre lo que debe contener se incluye un informe económico que determine el monto de las ventas efectuadas y pago de regalías.<sup>200</sup> La declaración al SRI se realiza a través del formulario 113 emitido mediante en el año 2013 por el Director del Servicio de Rentas Internas,<sup>201</sup> quien de acuerdo al Código Tributario tiene facultad para dictar disposiciones generales necesarias para la aplicación de las leyes tributarias.

En todos los casos, la Ley ordena que la evasión de pago de regalías, - connotación penal tributaria-, es causal de caducidad, sin perjuicio de los efectos civiles, y penales que diere lugar.<sup>202</sup> Su Disposición General Tercera, dispone que el porcentaje correspondiente al Estado por concepto de regalías será recaudado a través del Servicio de Rentas Internas, el cual estará investido de todas las facultades y atribuciones que le otorga la normativa tributaria vigente.

#### **a) Minerales metálicos**

Los minerales metálicos presentan características especiales como lustre especial, son sólidos, maleables y son buenos conductores del calor y electricidad por lo que son importantes para la industria.<sup>203</sup> En el caso de su explotación, el monto de la regalía se calcula sobre la venta del mineral principal y los minerales secundarios, siendo no menor al 5% sobre las ventas; y, para el caso del oro, cobre y plata, no mayor

---

<sup>199</sup> *Ibíd.*, art. 92.

<sup>200</sup> Ecuador, *Reglamento General a la Ley de Minería*, ROS No. 67, (16 de noviembre de 2009), art. 72 literal i. En adelante se cita como *Reglamento General a la Ley de Minería*.

<sup>201</sup> Ecuador, Director del Servicio de Rentas Internas, “Resolución No. 446: Formulario 113 para la declaración y pago de regalías a la actividad minera”. ROS No. 62 (20 de agosto de 2013).

<sup>202</sup> *Ley de Minería*, art. 93.

<sup>203</sup> Bustamante; Rommel Lara, *El Dorado o Caja de Pandora: Matices para pensar en la minería en el Ecuador*, 17.



al 8%. Por lo tanto no existe un porcentaje inamovible relativo al cobro de la regalía metálica.

De acuerdo al Reglamento de la Ley de Minería, para determinar el valor a pagar por regalías, el porcentaje será calculado sobre el ingreso neto efectivamente percibido por los concesionarios mineros por la venta del mineral principal y de los minerales secundarios. Para ello, el ingreso neto efectivo percibido por dichos concesionarios, será determinado descontando del ingreso bruto los gastos incurridos en las fases de beneficio, refinación y transporte para la pequeña y mediana minería; y a los gastos incurridos, única y exclusivamente, en los procesos de refinación y transporte, para la minería a gran escala.<sup>204</sup>

También se establece que los sujetos pasivos, denominación claramente tributaria, liquidarán, declararán y pagarán las regalías semestralmente en los meses de septiembre y marzo de cada año, se considerará de manera obligatoria la información reflejada en las declaraciones e información tributaria presentada al Servicio de Rentas Internas, así como la constante de los informes semestrales de producción presentados a ARCOM. Para esto el Servicio de Rentas Internas expedirá las resoluciones necesarias y en caso de que no se realice la declaración, liquidación y pago de las regalía en el plazo previsto por el SRI, se deberá calcular, liquidar y pagar los intereses de mora que correspondan conforme a lo previsto en el Código Tributario.<sup>205</sup>

Como se puede apreciar para este caso, el Reglamento de la Ley de Minería hace referencia directa a sujetos pasivos -en vez de concesionarios- y a la facultad fiscalizadora del SRI, términos eminentemente relacionados a la legislación y obligaciones tributarias, como si la regalía fuese un tributo.

Vale la pena resaltar que si llegase a existir atraso en la declaración, liquidación y pago -tres actos distintos- de regalías, se deberán al Estado intereses de mora que se calcularán de acuerdo a lo previsto en el Código Tributario. La referencia normativa al Código Tributario, de nuevo supone una vinculación impropia en cuanto a los efectos del incumplimiento de las obligaciones relativa a la regalía, a los que se les asigna consecuencias de índole puramente tributaria en lo referente a la tasa de interés.

En la última reforma a La Ley de Minería del año 2016, se estableció que la comercialización de sustancias minerales metálicas explotadas por parte de los

---

<sup>204</sup> *Reglamento General a la Ley de Minería*, art.82.

<sup>205</sup> *Ibíd.*

concesionarios mineros, se sujetará a un abono del 2% del valor total de cada transacción por concepto de regalías, de conformidad con lo que resuelva el Servicio de Rentas Internas. Este abono será considerado como pago previo en las declaraciones semestrales. El comprobante de pago constituye documento habilitante para las operaciones de comercio exterior y se exceptúa el pago del abono a las concesiones mineras en los que se estipule en los contratos de explotación el pago de regalías anticipadas.

Para este tipo de minería, se expidió mediante acuerdo ministerial un Instructivo de Auditoría, Cálculo de Regalías y Beneficios Actividad Minera Metálica de las Regalías,<sup>206</sup> que en su artículo 2 establece que la regalía será calculada en conformidad con la siguiente fórmula:  $\text{Regalía} = ((\text{CM} \times \text{PI}) - \text{GTI} - \text{CR} - \text{GT} - \text{IIE}) \times \% \text{Reg. I}$ <sup>207</sup>

En referencia a las regalías anticipadas, los pagos realizados serán imputados a las regalías que deba pagar el concesionario minero a partir del inicio de la producción de minerales en el área de contrato de conformidad con lo establecido en cada contrato de explotación. Se establece que no serán objeto de devolución ni generarán intereses a favor del concesionario minero. La única excepción posible se da en el supuesto de

---

<sup>206</sup> Ecuador, Ministerio de Recursos Naturales no Renovables. “Acuerdo Ministerial 323: Instructivo de Auditoría, Cálculo de Regalías y Beneficios Actividad Minera Metálica de las Regalías.” *RO* No. 657 (9 de marzo de 2012).

<sup>207</sup> *Ibíd.*, Art. 2:

CM = Cantidad de Metales: Es la cantidad de metales pagables contenidos en los productos minerales vendidos, sujeta a los procesos de control aplicables. La cantidad de metales pagables es aquella obtenida una vez descontadas las mermas y deducciones metalúrgicas establecidas en los respectivos contratos, de acuerdo con prácticas internacionales.

PI = Precio Internacional: Es el precio internacional de venta de los metales pagables contenidos en los productos minerales, establecido en los respectivos contratos de comercialización.

GTI = Gastos de Transporte Internacional: Incluyen los gastos y descuentos de: transporte (terrestre, marítimo, etc.), manipulación (inspecciones, transbordos, análisis, laboratorio arbitral de contenidos metálicos), y primas de seguros por pérdidas en tránsito de los productos minerales, desde que el producto mineral es embarcado en la nave de exportación hasta el puerto de destino, de acuerdo con los términos y condiciones particulares acordados para cada embarque. No se incluirán como gastos de seguro en el transporte internacional aquellos cuya cobertura de riesgo no implique una pérdida en el valor de los bienes transportados.

CR = Cargos de los Procesos de Tratamiento y Refinación.- Corresponden a los cargos de tratamiento y refinación (TC/RC), y penalidades por impurezas, de acuerdo con los términos y condiciones particulares acordados para cada venta bajo parámetros internacionales.

GT = Gastos de Transporte.- Incluyen los gastos y descuentos de: transporte (terrestre, marítimo, etc.), manipulación (inspecciones, costos portuarios y de embarque, bodegaje, transbordos, análisis y laboratorio, carga y descarga, empaque), primas de seguros por pérdidas en tránsito (incluida la porción no deducible en las coberturas) de los productos minerales, desde el área del contrato hasta que el producto mineral es embarcado en la nave de exportación, de acuerdo con los términos y condiciones particulares acordados para cada embarque.

IIE = Impuesto a los Ingresos Extraordinarios.- Es el calculado de acuerdo con la normativa tributaria vigente.

que las actividades extractivas no llegaren a ejecutarse de forma definitiva, por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado, se devolverá al concesionario minero los valores recibidos por concepto de regalías anticipadas, sin intereses y en los términos que las partes acuerden para el efecto. Por lo tanto en el caso de que la regalías que se deben cancelar no alcancen el monto pagado por concepto de regalías anticipadas, las mismas no serán devueltas.

En el acuerdo ministerial también se dice que la facultad de la Agencia de Regulación y Control Minero para realizar sus auditorías caduca en tres años contados a partir de la fecha de presentación de la declaración de Impuesto a la Renta de cada año y en caso de no existir declaraciones, desde la fecha máxima de presentación conforme la normativa tributaria vigente. Bajo este supuesto se presenta nuevamente la interrogante de por qué la autoridad minera deberá estar a lo dispuesto a los normativa tributaria, la cual rige para tributos.

#### **b) Minerales no metálicos y materiales de construcción**

La ley dispone que el porcentaje de regalía para la explotación de minerales no metálicos y materiales de construcción se calculará con base a los costos de producción. Para minerales no metálicos, en el reglamento se establecen los siguientes parámetros en relación al volumen extraído y el porcentaje<sup>208</sup> a pagar.

Con relación a los costos de producción, se entiende que son aquellos costos directos e indirectos incurridos en la fase de explotación de los minerales que incluyen en operaciones, trabajos y labores mineras destinadas a la preparación y desarrollo del

---

<sup>208</sup> *Reglamento General a la Ley de Minería*, art. 81:

Para calizas regirán la siguientes regalías:

De 1 a 500.000 toneladas métricas de producción por año, 10%;  
De 500.001 a 1.500.000 toneladas métricas de producción por año, 20%;  
De 1.500.001 a 2.000.000 toneladas métricas de producción por año, 40%;  
De 2.000.001 o más toneladas métricas de producción por año, 100%.

Para los demás minerales no metálicos regirán la siguientes regalías:

De 1 a 250.000 toneladas métricas de producción por año, 5%;  
De 250.001 a 500.000 toneladas métricas de producción por año, 10%;  
De 500.001 a 750.000 toneladas métricas de producción por año, 15%;  
De 750.001 a 1.000.000 toneladas métricas de producción por año, 20%;  
De 1.000.001 a 2.000.000 toneladas métricas de producción por año, 25%; y,  
De 2.000.001 o más toneladas métricas de producción por año, 100%

yacimiento y a la extracción y transporte de los minerales. El pago se hace cada año de manera semestral, en el mes de septiembre y hasta el mes de marzo al SRI.

Con relación a la regalías provenientes de los materiales de construcción, solamente se dice que estas regalías son de beneficio directo de los gobiernos municipales.<sup>209</sup>

### **c) Materiales áridos y pétreos**

La Ley establece que el total de las regalías provenientes de materiales áridos y pétreos serán destinadas a los gobiernos autónomos descentralizados municipales y metropolitanos en donde se generen. Material árido es aquel que resulta de la disgregación y desgaste de las rocas y se caracteriza por su estabilidad química, resistencia mecánica y tamaño; y se consideran materiales pétreos, los agregados minerales que son suficientemente consistentes y resistentes a agentes atmosféricos, provenientes de macizos rocosos, generalmente magmáticos.<sup>210</sup>

El Reglamento, en concordancia con lo dispuesto por la Constitución, determina que los gobiernos municipales son competentes para autorizar, regular y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, lagunas, playas de mar y canteras, en concordancia con los procedimientos, requisitos y limitaciones que para el efecto se establezcan en el reglamento especial adoptado mediante decreto ejecutivo, denominado Reglamento Especial para la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos.

Para las concesiones los petitionarios deberán cumplir con los actos administrativos previos determinados en la Ley de Minería, su Reglamento General, así como con los requerimientos específicos establecidos en el COOTAD y las respectivas ordenanzas, a las que se hará mención a continuación.

### **3.4.2 Regulación en el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización**

---

<sup>209</sup> *Ibíd.*, art. 83.

<sup>210</sup> Ecuador, Presidencia de la República: “Decreto Ejecutivo 1279: Reglamento Especial para la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos.” En *ROS* No. 784 (7 de septiembre de 2012) art. 2. En adelante se cita como *Reglamento Especial para la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos*.

De conformidad con lo dispuesto en la Constitución y la ley, en el artículo 141 del Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización<sup>211</sup> se dispone que corresponde a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras de su circunscripción; y serán quienes establezcan y recauden la regalía que corresponda.

Este es el único artículo que hace referencia a la competencia de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales para cobrar regalías mineras; no obstante, reconocida su facultad, le compete a cada GAD municipal el determinar mediante ordenanza el porcentaje que cobrará. Si bien este artículo es claro al reconocer la competencia de los GADs municipales, este fue un hecho largamente discutido que conllevó una serie de consultas a la Procuraduría General del Estado<sup>212</sup>, la expedición de normas especiales y una serie de actos administrativos de varias instituciones.

Uno de ellos fue el Reglamento Especial para la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos, expedido recién en el año 2012, que determinó que para la transferencia de competencias a los GADs municipales, se debería contar con varios informes, entre ellos un informe sobre la capacidad operativa de los mismos para asumir tales competencias.<sup>213</sup> Por otra parte se establece que las ordenanzas respectivas, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Minería, no podrán imponer condiciones ni obligaciones distintas a las contenidas en ella, reglamentos y normas técnicas que rijan sobre la materia, para lograr armonía y eficiente coordinación y cooperación de los GADs Municipales con los demás órganos del Estado que forman parte de la estructura del sector minero, evitando la superposición o interferencia de competencias.<sup>214</sup>

Así, las ordenanzas municipales deberán regular las operaciones, trabajos y labores mineras destinadas a la preparación y desarrollo de la explotación, y a la extracción y transporte; en el marco de la competencia de control podrán efectuar acciones tendientes al; a) control de las denuncias de internación, b) órdenes de abandono y desalojo, c) sanciones a invasores de áreas mineras, y d) formulación de

---

<sup>211</sup> Ecuador, *Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización*, ROS No. 303 (19 de octubre de 2010). En adelante se cita como COOTAD.

<sup>212</sup> Ecuador, Procuraduría General del Estado. Consulta No. 14121, (30 de junio de 2013).

<sup>213</sup> *Reglamento Especial para la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos*, art.10.

<sup>214</sup> *Ibíd.*, art. 11.

oposiciones y constitución de servidumbres.<sup>215</sup> Sin embargo, todo estaba supeditado a las directrices del Consejo Nacional de Competencias.

En este contexto, fue crítica la espera de la resolución del Consejo Nacional de Competencias en la que se regula el ejercicio de la competencia a favor de los GADs municipales. En el año 2015, finalmente, se desarrolla la forma y mecanismo de asunción de la competencia. Con relación a las regalías se determina que los GADs establecerán y recaudarán las regalías provenientes de la explotación de materiales áridos y pétreos en los lechos de ríos, lagos, lagunas, playas de mar y canteras, como una competencia de regulación y gestión local.<sup>216</sup> La administración minera de los GADs municipales deberá estar acorde con los lineamientos y políticas mineras nacionales.

Tomando en consideración esta normativa, a partir del 8 de enero del año 2015, al tener los GADs municipales y metropolitanos la competencia exclusiva para regular, autorizar y contralar la explotación de áridos y pétreos en sus circunscripciones territoriales, y por ende, la facultad de establecer y recaudar regalías mineras, cada GAD debía emitir su propia ordenanza. Antes de esto, el SRI debía recaudar las regalías mencionadas, por lo que si el GAD deseaba que eso continúe, debían o deben suscribir convenios específicos de cooperación.

De los 221 municipios que existen en el país, no todos han emitido aún ordenanza que regule la materia. Por ejemplo, en el caso de las Provincias de Azuay, Cañar y Morona Santiago; 23 cantones han publicado su ordenanza en el Registro Oficial, en los cantones de Cuenca, Cañar, La Troncal, Suscal, y Santiago recién se ha pasado a primer debate en el Concejo Cantonal; y aún no se han publicado las ordenanzas de los cantones de Taisha, Logroño, Azogues, Oña, Guachapala, y El Pan.<sup>217</sup>

De las ordenanzas a las que se ha tenido acceso a nivel nacional y que resultan interesantes para la investigación, se puede hacer mención principalmente a las siguientes, agrupándolas en las que cuentan con un apartado especial para el tema de regalías y las que incluyen un capítulo que regula en conjunto regalías y tasas municipales de explotación de áridos y pétreos.

---

<sup>215</sup> *Ibíd.*, art. 12.

<sup>216</sup> Ecuador, Consejo Nacional de Competencias: “Resolución 004-CNC-06/11/2014.” RO No. 411 (8 de enero de 2015), art 11 numeral 6 y art.13 numeral 5.

<sup>217</sup> Información actualiza al 7 de septiembre de 2016 por la Asociación de Municipalidades Ecuatoriana - Regional 6.

**a) Ordenanzas en las que existe un apartado especial para el tema de regalías**

En este grupo, las ordenanzas que se analizan, hacen mención de manera puntual acerca del cobro de regalías mineras, sin embargo, en ciertos aspectos puntuales las asimilan con tributos.

La Ordenanza Municipal para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación y Transporte de Materiales Áridos y Pétreos en el cantón Loja,<sup>218</sup> establece que quienes exploten materiales áridos y pétreos, deberán pagar una regalía del 3% sobre los costos de producción al Municipio. El pago se hará cada año de manera semestral, y el monto se calculará de acuerdo a lo declarado en el informe auditado de producción, que reflejará el tipo de mineral no metálico que se ha explotado, el costo de producción y el volumen explotado.

Las regalías se depositarán en la cuenta única del Municipio de Loja y el comprobante de pago original será registrado ante la Jefatura de Rentas Municipales. Se dispone que el 60% de la regalía se destine para proyectos productivos de desarrollo local sustentable en la parroquia donde se realice la explotación en coordinación entre el gobierno municipal y la junta parroquial. En los casos que amerite, el 50% de este porcentaje -60%- irá a las instancias de gobierno de las comunidades indígenas y/o circunscripciones territoriales. Por lo tanto el 40% que reciba el GAD municipal de Loja por concepto de regalías será destinado de acuerdo a sus necesidades.

Mediante la Ordenanza por medio de la cual el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Riobamba asume e implementa la competencia de regulación, autorización y control de la explotación de materiales áridos y pétreos en lechos de ríos, lagos y canteras,<sup>219</sup> se establece como obligación de los titulares de los derechos mineros lo siguiente:

Los concesionarios mineros calificados dentro del Régimen de Pequeña Minería, pagarán por concepto de regalías provenientes de materiales áridos y pétreos, el 3% del mineral principal y los minerales secundarios. El porcentaje de regalía para la explotación de materiales de construcción se calculará con base a los costos de producción. Deberán ser pagadas en los meses de septiembre y marzo de cada año, estos montos deberán estar reflejados en los informes anuales de producción y las

---

<sup>218</sup> Ecuador, *Ordenanza Municipal para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación y Transporte de Materiales Áridos y Pétreos en el Cantón Loja*, ROS N° 425 (27 de enero de 2015).

<sup>219</sup> Ecuador, *Ordenanza por medio de la cual el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba Asume e Implementa la Competencia de Regulación, Autorización y Control de la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos en Lechos de Ríos, Lagos y Canteras*, ROS II No. 608 (15 de octubre de 2015).

declaraciones presentadas al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba. La evasión del pago de regalías, será causal de caducidad.<sup>220</sup>

Las regalías serán recaudadas por el Subproceso de Tesorería y regalías económicas serán destinadas exclusivamente a proyectos de inversión de acuerdo a las competencias del GAD Municipal del cantón Riobamba en el territorio cantonal. No obstante en ninguna parte de la ordenanza se hace referencia a regalías mineras en especie, por lo que no se podría acordar la entrega de las mismas.

En la Ordenanza Municipal para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación y Transporte de Materiales Áridos y Pétreos en el cantón Santiago,<sup>221</sup> en el Título VIII de la pequeña minería y regalías, se reconocen regalías económicas y en especie. El valor a pagar de la primera será calculado sobre el costo de producción en dólares norteamericanos, de acuerdo a la siguiente tabla:

PRODUCCIÓN ANUAL EN METROS	PORCENTAJE A CANCELAR
De 1 a 250.000 toneladas métricas de producción	5%;
De 250.001 a 500.000 toneladas métricas de	10%;
De 500.001 a 750.000 toneladas métricas de	15%;
De 750.001 a 1.000.000 toneladas métricas de	20%;
De 1.000.001 a 2.000.000 toneladas métricas de	25%
De 2.000.001 o más toneladas métricas de	100%

Por concepto de regalías en especies, los concesionarios entregarán mensualmente el 1% de la producción de la explotación autorizada. La entrega se realizará en los primeros diez (10) días subsiguientes al mes de la explotación de acuerdo al procedimiento que para el efecto lo determinará la Unidad de Gestión Ambiental Municipal en coordinación con la Dirección de Obras Públicas.

Los titulares de derechos mineros de pequeña minería que no alcancen a los volúmenes mínimos previstos en la tabla anterior, pagarán por concepto de regalía el 3% del costo de producción. Los valores correspondientes a regalías, serán recaudados directamente por el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Santiago para su beneficio. La evasión -connotación penal tributaria- del pago y entrega de regalías, será causal de caducidad de la autorización, sin perjuicio de los efectos civiles y penales a que diere lugar.

---

<sup>220</sup> *Ibíd.*, art. 93 literal a).

<sup>221</sup> Ecuador, *Ordenanza Municipal para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación y Transporte de Materiales Áridos y Pétreos en el Cantón Santiago*, RO N° 791 (6 de julio de 2016).



Se debe criticar el artículo 30, que inicia hablando del momento de presentación de las tasas y luego menciona que los *pagos de la tasa de la regalía minera* se hará por la producción en el frente de explotación (cancha mina). En este artículo se asimila a la tasa y a la regalía, desconociendo la diferencia de las mismas.

La Ordenanza Municipal para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación y Transporte de Materiales Áridos y Pétreos en el cantón Huamboya,<sup>222</sup> en su Título X de las regalías, se reconocen regalías económicas y en especie. En el caso de las primeras, los concesionarios pagarán anualmente -mes de enero- por concepto de regalía económica, el 3% del valor obtenido por la venta del material extraído en el año inmediato anterior (material integral y procesado). Para tal efecto deberán presentar semestralmente un informe de cantidades explotadas (sujeto a revisión) y copias de facturas emitidas por la venta del material durante el año de explotación al Departamento de Planificación, a través de su técnico ambiental. Y en el caso de las segundas, los concesionarios entregarán por concepto de regalías en especies, el 3% del volumen de explotación solicitado y autorizado en un plazo no mayor a seis meses después de obtenida la autorización; de acuerdo al procedimiento que para el efecto determinará al Departamento de Planificación en coordinación con la Dirección de Obras Públicas.

Se resalta el hecho de que esta ordenanza no habla de evasión de pago, sino que en su lugar menciona que en caso de incumplimiento, comprobación de alteración de cantidades explotadas o falsos informes, habrá causal de caducidad de la autorización de explotación, sin perjuicio de los efectos de responsabilidad civil y penal a que hubiese lugar. Con relación a la recaudación, menciona que luego de que legalmente el SRI deje de cobrar las regalías, se realizará la recaudación de éstas por intermedio de la tesorería municipal. De manera errada concluye denominando como contribuyente al sujeto obligado al pago de regalías.

La Ordenanza Metropolitana para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos en el Distrito Metropolitano de Quito,<sup>223</sup> menciona que el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, en representación del Estado que es el propietario de los recursos naturales no renovables, tiene derecho a

---

<sup>222</sup> Ecuador, *Ordenanza Municipal para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación y Transporte de Materiales Áridos y Pétreos en el Cantón Huamboya*, ROS II No.804 (25 de julio de 2016)

<sup>223</sup> Ecuador, *Ordenanza Metropolitana para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos en el Distrito Metropolitano de Quito*, RO ed. Especial No.424 (28 de diciembre de 2015).

recibir el pago de una regalía por parte de los beneficiarios de autorizaciones metropolitanas para explotación de materiales áridos y pétreos. Las regalías se establecerán en base a la producción o ventas de los materiales y serán pagadas semestralmente en los meses de marzo y septiembre de cada año, según los siguientes parámetros:

<b>Producción anual en metros cúbicos</b>	<b>Porcentaje a cancelar por Regalías (%)</b>
De la 250.000	5
De 250.001 a 500.000	10
De 500.001 a 750.000	15
De 750.001 al'000.000	20
De 1'000.000 a 2'000.000	25
De 2'000.001 y mas metros cúbicos	30

Se establece que los montos de las regalías deberán estar debidamente justificados con los informes semestrales auditados de producción y en las declaraciones presentadas a la entidad tributaria nacional, y se pagarán en forma adicional al pago correspondiente del impuesto a la renta, del porcentaje de utilidades atribuidas al Estado y del impuesto al valor agregado determinado en la normativa tributaria vigente. Se faculta a la Dirección Metropolitana de Canteras para determinar los valores correspondientes a patentes, regalías, multas y sanciones.

Existe una sanción en caso de evasión de pago de regalías, con la caducidad de la autorización metropolitana para explotación de áridos y pétreos, sin perjuicio de los efectos civiles y penales a que hubiere lugar. La sección de regalías concluye mencionando que las autorizaciones municipales caducan cuando sus beneficiarios han dejado de pagar las patentes, regalías y demás derechos establecidos en la ordenanza. Para el caso del Distrito Metropolitano de Quito solo se hace mención a regalías mineras, por lo que se deduce que solo son económicas y no en especie.

#### **b) Ordenanzas que regulan en conjunto regalías y tasas municipales de explotación de áridos y pétreos**

En las siguientes ordenanzas para regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos que se encuentran en las jurisdicciones de los cantones

mencionados, existe un capítulo denominado regalías y tasas municipales por explotación de áridos y pétreos. En aquellos todas hablan de facultad determinadora, sujeto activo, pasivo, responsable, contribuyente, y hecho generador. Cada una tiene sus peculiaridades las cuales serán resaltadas, sin embargo, el análisis realizado para la ordenanza del GAD municipal del cantón Echeandía es aplicable a las demás en lo referente a la confusión con temas tributarios.

En la Ordenanza para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos que se Encuentran en los Lechos de los Ríos, Lagos, Playas de Mar, y Canteras Existentes en la Jurisdicción del Cantón Echeandía,<sup>224</sup> a partir del artículo 81 al 92, existe un capítulo denominado regalías y tasas municipales por explotación de áridos y pétreos.

En él se describe a la facultad determinadora como la determinación de la obligación tributaria, que es el acto o conjunto de actos reglados, realizados por la administración municipal, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo; que el ejercicio de esta facultad comprende la verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes o responsables; la composición del tributo correspondiente, cuando se advierta la existencia de hechos imposables, y la adopción de las medidas legales que se estime convenientes para esa determinación; así como elementos intrínsecos de la obligación tributaria.

En el artículo 90 menciona que el autorizado para la explotación y tratamiento de materiales áridos y pétreos, deberá pagar y entregar al Gobierno Municipal las regalías contempladas en dicha Ordenanza. El GAD municipal de Echeandía reconoce dos tipos de regalías mineras municipales, unas económicas y otras en especies.

Con relación al cálculo de la regalía y a su recaudación, por su relevancia, se transcriben los siguientes artículos de manera literal, agregando énfasis propio:

Art. 91.- Cálculo de la Regalía Minera Municipal Económica.- Los autorizados pagarán anualmente por concepto de Regalía Minera Económica el valor calculado sobre el costo de producción en dólares norteamericanos, de acuerdo a los siguientes parámetros<sup>225</sup>:

---

<sup>224</sup> Ecuador, *Ordenanza para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos que se Encuentran en los Lechos de los Ríos, Lagos, Playas de Mar, y Canteras Existentes en la Jurisdicción del Cantón Echeandía*, RO ed. Especial No.424 (23 de octubre de 2015).

<sup>225</sup> *Ibíd.*, art. 91. Los mismos parámetros se aplican en las ordenanzas del cantón Deleg, art. 90, RO No. 586 (14 de septiembre de 2015); del cantón Biblián, art. 92, RO ed. Especial No. 385 (29 de octubre de 2015); del cantón Nabón, art. 90, RO ed. Especial No 389 (5 de noviembre de 2015); del cantón San Fernando, art. 90, RO ed. Especial No 428 (29 de diciembre de 2015).

Para calizas que no requieren de proceso industrial regirán las siguientes regalías:

- De 1 a 500.000 toneladas métricas de producción por año, 10%;
- De 500.001 a 1.500.000 toneladas métricas de producción por año, 20%;
- De 1.500.001 a 2.000.000 toneladas métricas de producción por año, 40%;
- De 2.000.001 o más toneladas métricas de producción por año, 45%.

Para los demás minerales no metálicos regirán la siguientes regalías:

- De 1 a 250.000 toneladas métricas de producción por año, 5%;
- De 250.001 a 500.000 toneladas métricas de producción por año, 10%;
- De 500.001 a 750.000 toneladas métricas de producción por año, 15%;
- De 750.001 a 1.000.000 toneladas métricas de producción por año, 20%;
- De 1.000.001 a 2.000.000 toneladas métricas de producción por año, 25%; y,
- De 2.000.001 o más toneladas métricas de producción por año, 30%.

Los titulares de derechos mineros de pequeña minería que no alcancen a los volúmenes mínimos previstos en la tabla anterior de calizas y no metálicos pagarán por concepto de regalía el 3% del costo de producción.

Las *tasas* serán presentadas por la Coordinación de Áridos y Pétreos o quien haga sus veces para la aprobación del Concejo Cantonal hasta el 31 de diciembre de cada año. *Los pagos de la tasa minera económica* se hará por la producción en el frente de explotación (cancha mina). Se entenderá como costos de producción todos aquellos costos directos e indirectos incurridos en la fase de explotación hasta el carguío en el frente de explotación (cancha mina).

*El pago de regalías se hará cada año de manera semestral*, las correspondientes al primer semestre hasta el mes de septiembre y las correspondientes al segundo semestre hasta el mes de marzo, de acuerdo a lo declarado en el informe auditado de producción, que reflejará el material áridos y pétreos que se ha explotado, el costo de producción y el volumen explotado.

Art. 93.- Recaudación de regalías, patentes, tasas municipales y multas.- Los valores correspondientes a regalías, patentes, tasas mineras municipales y multas, serán recaudados directamente por la Administración Municipal.

La Coordinación de Áridos y Pétreos, la Dirección de Gestión Ambiental o la Dirección de Obras Públicas, o quien haga sus veces, *determinarán el monto de la obligación de cada contribuyente que servirá de base para la emisión del título de crédito respectivo*. El Tesorero Municipal será custodio del título de crédito y se hará cargo de su recuperación; para lo cual, preferentemente, se utilizará la red del sistema financiero nacional.

El no pago dentro de los treinta días contados a partir de la notificación con el título de crédito dará lugar a la acción coactiva.

La evasión del pago y entrega de tributos municipales, será causal de caducidad de la autorización, sin perjuicio de suspensión temporal o definitiva de la autorización en caso de incumplimiento.

La Ordenanza concluye con una disposición segunda en la que ordena que las regalías y tasas previstas en ella entrarán en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial; en lo demás y siempre que no tenga relación con lo tributario, entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial.

Del análisis de esta ordenanza se desprende que con referencia a la regulación y gestión de la regalía minera existe una aparente confusión entre regalía y tributo. El hecho de incluirla en el mismo capítulo de la tasa municipal es incorrecto. Si bien los GADs municipales están investidos de poder tributario derivado en relación con las tasas y las contribuciones especiales de mejora, esto no es aplicable a las regalías mineras en virtud de su naturaleza jurídica.

Es posible que mediante ordenanza se establezca que el pago de regalías mineras sea en dinerario o en especie, supuesto que deberá estipularse con claridad en el contrato de concesión minera en virtud del acuerdo al que lleguen las partes o en el momento de otorgar el título minero.

Con relación al pago de las regalías mineras, en su desarrollo normativo, se las denomina tasas y tasa minera económica, hecho que no puede ser asimilable ni comparable. Esta confusión hace que posteriormente se hable de la obligación de cada contribuyente, cuando en el caso de la regalía minera debe hablarse de concesionario. La Ordenanza termina haciendo una referencia especial a las regalías y tasas, asimilándolas en conjunto a la naturaleza tributaria al momento de establecer que *las demás obligaciones que no tenga relación con lo tributario* entrarán en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial, por lo tanto es posible deducir que la ordenanza entiende a la regalía y a la tasa como tributos.

En la Ordenanza para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos en el Cantón Zamora,<sup>226</sup> el concesionario deberá por concepto de regalías, el 3% del valor resultante del volumen de producción a precio de explotación. Con relación a la recaudación se establece lo siguiente:

Art. 79.- Recaudación de regalías, patentes, tasas municipales y multas.- Los valores correspondientes a regalías, patentes, tasas mineras municipales y multas, serán recaudados directamente por la Administración Municipal. La Jefatura de Gestión Ambiental mediante informe técnico, *determinarán el monto de la obligación de cada contribuyente* que servirá de base para la emisión del título de crédito respectivo. El Tesorero Municipal será custodio del título de crédito y se hará cargo de su recuperación; para lo cual, preferentemente, se utilizará la red del sistema financiero nacional.

---

<sup>226</sup> Ecuador, Ordenanza para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos en el Cantón Zamora, RO No. 620 (4 de noviembre de 2015).

El no pago dentro de los treinta días contados a partir de la notificación con el título de crédito dará lugar a la acción coactiva. La *evasión* del pago y entrega de tributos municipales, será causal de caducidad de la autorización, sin perjuicio de suspensión temporal o definitiva de la autorización en caso de incumplimiento.<sup>227</sup> (énfasis propio)

En este caso es correcto que la recaudación esté a cargo de la Administración Municipal, y sin que se pretenda desconocer la facultad que el GAD municipal otorgue a la Jefatura de Gestión Ambiental, es cuestionable el hecho que mediante su informe técnico se determine el monto de la obligación de regalías, patentes, tasas municipales y multas. Para ello se tiene que analizar la naturaleza de cada uno de ellas, pudiendo denominarse como contribuyentes solamente al sujeto pasivo compelido al pago de las tasas municipales.

Al final del artículo de manera correcta se hace solamente referencia a que la evasión del pago y entrega de tributos municipales será causal de caducidad, a pesar de que la Ley de Minería establece que la evasión de regalías también será una causal para ello. Por último, en la disposición final segunda se termina haciendo una referencia especial a las regalías y tasas, asimilándolas a las dos como tributos que entrarán en vigencia a partir de la publicación de la Ordenanza en el Registro Oficial, mientras las demás obligaciones, sin relación con lo tributario, entrarán en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial.

La Ordenanza para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos que se Encuentran en los Lechos de los Ríos, Lagos, Playas de Mar, y Canteras Existentes en la Jurisdicción del Cantón Girón<sup>228</sup>, el calculo de la regalía - y su errónea calificación de tasa minera económica-, sigue los mismos porcentajes establecidos en la Ordenanza del cantón Echeandía. En esta Ordenanza sí se hace referencia a las regalías mineras municipales en especie estableciéndose que se entregará el 2% de la producción del material explotado procesado al GAD Municipal de Girón; entrega que se realizará mensualmente en los primeros 10 días subsiguientes al mes de explotación y el material deberá ser embarcado en los vehículos autorizados por el GAD Municipal de Girón.<sup>229</sup> Con relación a la recaudación, se puede realizar la misma crítica que a los cantones que no diferencian bien las tasas, regalías, patentes y

---

<sup>227</sup> *Ibíd.*, art. 79.

<sup>228</sup> Ecuador, Ordenanza para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos que se Encuentran en los Lechos de los Ríos, Lagos, Playas de Mar, y Canteras Existentes en la Jurisdicción del Cantón Girón, *RO ed. Especial* No. 667 (3 de agosto de 2016).

<sup>229</sup> *Ibíd.*, art. 90.

multas. Resulta novedosa la inclusión de la disposición de pago de regalías mineras en especie, en la que hasta se establece el porcentaje de material que deberá entregarse.

En la Ordenanza para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos que se Encuentran en los Lechos de los Ríos, Lagos, Playas de Mar, y Canteras existentes en la Jurisdicción del cantón Paute,<sup>230</sup> se reconocen la regalías mineras municipales económicas y las en especie. Por las segundas se entregará el 5% y 10% de la producción del material explotado al GAD, el cual se realizará mensualmente. Para el caso de materiales procesados será el 5%; mientras que materiales que no necesitan procesamiento se entregará el 10%.<sup>231</sup> En todos los casos, el cobro de la regalía se destinará para la obra pública del Cantón y vivienda popular.<sup>232</sup>

Para el caso de titulares de derechos mineros de pequeña minería, que no alcancen a los volúmenes mínimos previstos en los parámetros, pagarán por concepto de regalía el 3% del costo de producción. Las regalías serán presentadas por la Unidad Minera Municipal para la aprobación del Concejo Cantonal hasta el 31 de diciembre de cada año. Los pagos de la regalía minera económica se hará por la producción en el frente de explotación (cancha mina). Se entenderá como costos de producción todos aquellos costos directos e indirectos incurridos en la fase de explotación hasta el carguío en el frente de explotación (cancha mina). El pago de regalías se hará cada año de manera semestral, las correspondientes al primer semestre hasta el mes de septiembre y las correspondientes al segundo semestre hasta el mes de marzo, de acuerdo a lo declarado en el informe auditado de producción, que reflejará el material áridos y pétreos que se ha explotado, el costo de producción y el volumen explotado.

En esta Ordenanza se puede apreciar como el GAD municipal, en uso de su facultad reguladora, establece los porcentajes de la regalía minera económica y en especie. En el caso de la segunda hace una diferenciación clara entre los dos tipos de regalías en especie que se podrían pactar. Lamentablemente el tema de la recaudación merece las mismas críticas realizadas con anterioridad.

---

<sup>230</sup> Ecuador, Ordenanza para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos que se Encuentran en los Lechos de los Ríos, Lagos, Playas de Mar, y Canteras existentes en la jurisdicción del cantón Paute, *ROS NO. 512* (1 de junio de 2015).

<sup>231</sup> Los mismos parámetros se aplican en el caso del cantón San Fernando, art. 90, *RO ed. Especial No. 428* (29 de diciembre de 2015).

<sup>232</sup> Ordenanza para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos que se Encuentran en los Lechos de los Ríos, Lagos, Playas de Mar, y Canteras existentes en la Jurisdicción del cantón Paute, art. 94.

### **3.5 Derecho comparado acerca de la regalía minera**

Para realizar un análisis integral acerca de la regalía minera, se procederá con el estudio acerca de la regulación de la regalía minera en Bolivia<sup>233</sup>, Chile<sup>234</sup> y Perú<sup>235</sup>, al ser países que han adoptado un régimen dominialista de sus recursos naturales no renovables, siendo estos bienes de propiedad exclusiva del Estado, como es en el caso ecuatoriano.

#### **3.5.1 La regalía minera en Bolivia**

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia dispone que las empresas privadas, bolivianas o extranjeras, pagarán impuestos y regalías cuando intervengan en la explotación de los recursos naturales, y los cobros a que den lugar no serán reembolsables. Las regalías por el aprovechamiento de los recursos naturales son un derecho y una compensación por su explotación, y se regularan por la Constitución y la ley.<sup>236</sup>

La definición dada por la norma constitucional ha sido recogida también en el artículo 223 de la Ley de Minería y Metalurgia, no obstante, mediante su desarrollo en normativa secundaria, más que una compensación o derecho, se la entiende como tributo. En la Ley mencionado se hace referencia a que son sujetos pasivos alcanzados con la regalía minera, todas las personas individuales y colectivas que se dediquen a actividades mineras de: a) explotación, concentración y/o comercialización, a tiempo de la venta interna o exportación de minerales y/o metales; b) fundición, refinación e industrialización, solo cuando formen parte del proceso productivo que incluya actividad de explotación minera propia; c) prospección y exploración minera, solo cuando se comercialicen los productos obtenidos en esta actividad.<sup>237</sup>

---

<sup>233</sup> *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* [2009], tercera parte, título II, capítulo segundo, “Recursos naturales”, artículo 348 - 358.

<sup>234</sup> *Constitución de la República de Chile* [1980], capítulo tercero, “De los derechos y derechos constitucionales”, artículo 19, numeral 24.

<sup>235</sup> *Constitución de la República del Perú* [1993], artículo 66.

<sup>236</sup> *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* [2009], tercera parte, título II, capítulo segundo, “Recursos naturales”, artículo 351, III.

<sup>237</sup> Bolivia, Ley de Minería y Metalurgia, artículo 224, 225.



La competencia para la administración, recaudación, percepción y fiscalización de la Regalía Minera se atribuye a los gobiernos autónomos departamentales.<sup>238</sup> En Bolivia también existe otra institución que se encuentra inmersa en temas mineros, la SENARECOM. Entre sus atribuciones le corresponde registrar y controlar a quienes se constituyen en agentes de retención y empoce de la regalía minera, por la comercialización de minerales y metales.<sup>239</sup>

Acerca de la retención de las regalías mineras, se ordena que las personas individuales y colectivas, nacionales o extranjeras que realicen actividades de manufactura o elaboren productos industrializados en base a minerales y metales en el mercado interno, no estarán alcanzados por el pago de la Regalía Minera - RM, pero deberán ser agentes de retención de la regalía minera de sus proveedores nacionales. El empoce de la regalía retenida se realizará hasta el día quince (15) del mes siguiente a la entidad autorizada.<sup>240</sup> El hacerse mención a sujetos pasivos y agentes de retención, demuestra la tendencia que existe de asimilar una regalía minera con un tributo.

Resulta evidente que en Bolivia la regalía minera es considerada como un tributo pagado por la explotación de recursos naturales no renovables, y el valor a pagar se lo calcula sobre la base del valor bruto de venta<sup>241</sup>.

### **3.5.2 La regalía minera en Chile**

La Constitución de Política de la República de Chile dispone que el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas.

Corresponde a la ley determinar qué sustancias de las mencionadas, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por

---

<sup>238</sup> *Ibíd.*, art. 23 IV.

<sup>239</sup> *Ibíd.*, art. 87, e.

<sup>240</sup> *Ibíd.*, art. 88, III.

<sup>241</sup> Calisaya, Carla, Modelo Predictivo para la Proyección de las Regalías en Exportaciones Mineras. Revista PGI – Investigación, Ciencia y Tecnología.  
<[http://www.revistasbolivianas.org.bo/pdf/rpgi/n1/n1\\_a07.pdf](http://www.revistasbolivianas.org.bo/pdf/rpgi/n1/n1_a07.pdf)>

resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional.

La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones y las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos. En caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho. El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por garantía constitucional.

La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo.

En el año 2005 se suscitó una fuerte discusión acerca de la pertinencia o no de incluir un impuesto a las actividades mineras.<sup>242</sup> Luego de largos debates se promulgó la Ley 20.026, o como es comúnmente denominada, Royalty II. A pesar de importantes consideraciones acerca de la naturaleza de la regalía minera, en ella se dispuso que cuando se trate de inversiones de monto igual o superior a US\$ 50.000.000, moneda de los Estados Unidos de América:

2) No estarán afectos a cualquier nuevo tributo, incluidas las regalías, cánones o cargas similares, específicos para la actividad minera, que se establezcan luego de la fecha de suscripción del contrato de inversión extranjera respectivo, que tenga como base o considere en la determinación de su base o monto, los ingresos por actividades mineras o las inversiones o los bienes o derechos utilizados en actividades mineras.<sup>243</sup>

De la redacción de este artículo resulta claro que el legislador incluye a las regalías mineras como un tributo que afecta a la actividad minera. Actualmente continúan los debates acerca de la verdadera naturaleza de la regalía minera. Estas consideraciones se las realiza a partir de los intereses de las empresas mineras, especialmente las dedicadas a la explotación de cobre, así como actores políticos quienes centran su atención en la titularidad de dominio de los minerales.

---

<sup>242</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley<sup>[1]</sup>No 20.026<sup>[2]</sup>*, Establece un impuesto específico a la actividad minera. (Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2005)

<sup>243</sup> Chile, *Ley 20.026*, (2005), art. 11.

### 3.5.3 La regalía minera en Perú

En Perú, su Constitución ordena que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por Ley Orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.<sup>244</sup> Por lo tanto los recursos naturales son propiedad pública, la participación de particulares en el aprovechamiento es permitida (no como régimen de excepción) y regulada según ley de rango orgánico.

Mediante normativa secundaria se define a la regalía minera como la contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos.<sup>245</sup> Posteriormente a esta definición se incluye la frase *sujetos de la actividad minera* que incluye a los titulares de las concesiones mineras y a los cesionarios que realizan actividades de explotación de recursos minerales metálicos o no metálicos, según lo establecido en el Título Décimo Tercero del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo 014-92-EM y normas modificatorias. Dicho término también incluye a las empresas integradas que realicen dichas actividades. La regalía minera es calculada sobre la utilidad operativa trimestral de los sujetos de la actividad minera, considerando los trimestres calendarios siguientes: enero-marzo, abril-junio, julio-setiembre, octubre-diciembre.

La Ley dispone que la a regalía minera se determinará mensualmente,<sup>246</sup> y que los sujetos de la actividad minera tienen la obligación de presentar una declaración y efectuar el pago de la regalía minera correspondiente a cada trimestre, dentro de los últimos doce días hábiles del segundo mes siguiente a su nacimiento, en la forma y condiciones que establezca la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT). Dicha declaración deberá contener la determinación de la base de cálculo de la regalía minera. En este punto vale la pena resaltar que la declaración y el control administrativo del pago de la regalía minera por parte de la autoridad tributaria peruana, son asimilables al caso ecuatoriano y son otro elemento que

---

<sup>244</sup> Constitución de la República del Perú [1993], art. 66.

<sup>245</sup> Perú, *Ley de Regalía Minera*, 2004, art. 2.

<sup>246</sup> *Ibíd.*, art. 4.

permitiría vincular de manera errónea a la regalía con obligaciones de tipo tributario. Más allá de que esa calificación no se realiza expresamente, es sumamente importante resaltar que la ley define a la regalía minera como contraprestación.

La regalía minera es recaudada y administrada por el Ministerio de Economía y Finanzas, quien establecerá la forma y condiciones para efectos del pago correspondiente. El Ministerio de Economía y Finanzas autoriza a la SUNAT para ejercer todas las funciones asociadas con el pago de la regalía minera.<sup>247</sup>

En el Reglamento de la Ley de Minería, se dispone que el monto de la regalía no pagado dentro del plazo establecido devengará un interés mensual, que será equivalente a la Tasa de Interés Moratorio para obligaciones tributarias administradas o recaudadas por la SUNAT.<sup>248</sup> La crítica que se puede realizar a este artículo es similar a la crítica que se realiza del artículo 35 del Código Tributario Ecuatoriano, en razón de que el interés aplicable al incumplimiento no es uno relacionado con obligaciones civiles-comerciales, sino con obligaciones tributarias, por lo que sugeriría que la obligación es en su naturaleza tributaria, posición que se rechaza.

### **3.6 Problemas y propuestas de solución en torno al régimen fiscal de la regalía minera**

Una vez expuestos los postulados doctrinarios relevantes para la materia y analizada la normativa aplicable a la regalía minera en el Ecuador, se identifican los siguientes problemas fiscales, con sus propuestas de solución:

#### **3.6.1 Desconocimiento de toda la capacidad minera en el Ecuador para analizar la pertinencia de la inversión**

El Ecuador tiene recursos minerales no renovables, sin embargo, aún existen zonas que no han sido sometidas a prospección, por lo se puede afirmar que hay desconocimiento de toda su capacidad minera. Esto genera el primer problema frente de planificación fiscal con relación a la regalía minera, ya que si bien mediante su

---

<sup>247</sup> *Ibíd.*, art. 7.

<sup>248</sup> Perú, *Reglamento a Ley de Regalía Minera*, art. 7.1.

cobro el Estado obtendrá ingresos para sus arcas fiscales, es importante conocer a ciencia cierta los lugares en donde existen yacimientos mineros. Por ello resulta primordial una exploración adecuada con la que se pueda medir el nivel de minerales que se obtendrán a futuro, así el cálculo de los recursos del Estado estará mas cercano realidad y se podrá discutir acerca de la pertinencia de la inversión para siguientes fases.

Si se quiere realizar una planificación fiscal adecuada es necesario conocer los recursos con los que cuenta el Estado. Por ello es necesario que se realicen buenos planes de prospección, en donde se pueda conocer el tipo de mineral, la cantidad y la inversión real que se requiere para su explotación. Esto permite que el Estado analice si las medidas que adopte le resultarán beneficiosas a mediano y largo plazo, considerando no solo los recursos, sino también los gastos que deberá incurrir hasta que se conviertan en ingresos.

### **3.6.2 Dispersión normativa**

Existe una dispersión de normas que no respetan la jerarquía normativa constitucional. Si bien la Constitución permite que el sector privado co-participe de los beneficios de la minería, se dispone que sean las leyes secundarias las que regulen la materia. No obstante, se toma en consideración de manera previa lo que establece el Plan Nacional de Desarrollo, cuya naturaleza jurídica es discutible. De igual forma si bien existe una Ley de Minería, existen varios reglamentos, acuerdos ministeriales, resoluciones y otros actos normativos que no permiten que la recaudación de la regalía minera sea clara.

También se refleja la falta de coherencia normativa en el caso de las competencias de los GADs municipales, ya que a pesar del reconocimiento de su competencia para regular, gestionar y controlar la explotación de áridos y pétreos a nivel constitucional y legal, se debió esperar a que se promulguen reglamentos especiales, resoluciones y acuerdos ministeriales de menor jerarquía para que habiliten su competencia y se establezcan normas comunes que configuren a las regalías que pueden exigir estos organismos de manera similar o equivalente.

El hecho de no contar con un sistema coordinado de normas exige de manera urgente una codificación de toda la materia minera. Para ello se deberá tomar en

consideración los postulados constitucionales como norma fundamental, para que a partir de ellos se desarrolle la normativa secundaria. Todo esto deberá hacerse respetando la jerarquía constitucional, por lo que la primera ley que deberá analizarse es la Ley de Minería. Respecto de la dispersión en materia seccional, una reforma al COOTAD, en la que se especifique de mejor manera las competencias de los GADS, permitiría suprimir contradicciones entre ordenanzas de diversos cantones.

### **3.6.3 Falta de desarrollo normativo sobre las regalías en especie**

En la Ley de Minería se prevé que el pago de la regalía minera se acuerde en el contrato de explotación minera, pudiendo ser en dinerario o en especie. Esta es una opción que debe ser consentida por las partes. Sin embargo, para el caso de minería metálica y no metálica no existen disposiciones normativas que regulen el porcentaje que debería pagarse al Estado por concepto de regalía en especie.

Al resultar significativa para los intereses del Estado, el recibir en especie este tipo de mineral, su correcta regulación es fundamental. La entrega en especies puede significar que el Estado las utilice en otros proyectos y no tenga que pagar un precio mayor al comprarlas a terceros. En el caso del oro, el contar con este mineral podría servir al Estado para dar sustento a la economía o para otras transacciones financieras. En caso de que no se incluya en la Ley porcentajes y tiempos de entrega como se hace en las ordenanzas, ello exige mayores destrezas de las personas encargadas de negociar los contratos de concesión.

Otro punto que debe tomarse en consideración es que a pesar de que no existe regulación acerca de la regalías en especie, y su porcentaje pudiese determinarse en los contratos de concesión minero, las estipulaciones contractuales deberán tomar en consideración la volatilidad de los precios de los minerales. Este hecho sin duda requiere un análisis profundo del mercado y de los ciclos económicos. Si bien no se puede conocer con exactitud el precio de los minerales en un día determinado, es necesario realizar un análisis previo para evitar pérdidas, que le corresponden al Estado, durante épocas en la que el costo de los minerales sea muy elevado.

### **3.6.4 Asimilación de la regalía minera con tributo a partir de la Ley de Minería**

La Ley de Minería hace mención a declaraciones al Servicio de Rentas Internas, sanciona al concesionario minero con la caducidad del contrato en caso de la evasión de pago de regalías, inviste al SRI de todas sus facultades, asimilando la regalía minera a un tributo. Con estos hechos se evidencia que en la legislación ecuatoriana existe una confusión entre los recursos públicos provenientes del poder tributario y de los bienes patrimoniales originarios como los recursos no renovables.

Se podría entender que exista una formulario de declaración al SRI, pero solamente en cuanto éste funcione como un ente de coordinación que ayuda al Estado central en el cobro de las regalías; sin embargo, de acuerdo al art. 89 del Código Tributario, la declaración es la forma en que el sujeto pasivo procede a determinar el tributo. Ésta consideración, más la utilización del término evasión, asimila la regalía con un tributo. Si bien la norma es expresa en sancionar la evasión de pago con la caducidad del contrato, la utilización del término evadir consiste en reducir o eliminar el pago de impuestos.

El autor Fonrouge, en su análisis del ilícito tributario, menciona que evasión equivale a “todo acto u omisión que violando disposiciones legales, en el ámbito de un país o en la esfera internacional, produce la eliminación o la disminución de la carga fiscal.”<sup>249</sup> En el Ecuador la evasión es una forma de defraudación tributación sancionada en por el Código Tributario y el Código Orgánico Integral Penal.

Por lo tanto, si bien se podría deducir que el no pago de regalías mineras tiene como consecuencia la caducidad del contrato, no obstante la evasión -con su connotación tributaria- conlleva un análisis más profundo del hecho dañoso, que bajo la doctrina del derecho penal tributario entrañaría dolo al querer engañar a la Administración. Si se califica el no pago de la regalía como evasión fiscal, la responsabilidad para el incumplido es mucho mayor que el simple incumplimiento de una obligación convencional.

---

<sup>249</sup> Giuliani Fongouge, *Derecho Financiero* Vol. II (Buenos Aires: Depalma, 1984), 637.

El SRI, a pesar de no ser una autoridad en materia minera<sup>250</sup>, de acuerdo a la Ley de Minería se encuentra habilitada para hacer uso de su facultad fiscalizadora, determinadora, resolutive, reglamentaria y sancionadora. Resulta sumamente cuestionable este hecho ya que la recaudación de la regalía minera, al no ser un tributo, mal puede atribuírsele a un ente que no es especialista en la materia, más aún con todas las facultades específicas que ostenta, las cuales son aplicables solamente para materia tributaria. Es importante resaltar que la facultad determinadora es exclusiva de las administraciones tributarias, por lo que mediante su atribución, se las diferencia del resto de actividades que realizan la otras instituciones públicas, y solo se aplica para tributos. Por otra parte, el SRI emitió en el 2011 una circular para titulares de derechos mineros, y en el 2013 entró en vigencia el formulario 113 para las declaraciones y pago de las regalías mineras.

Para que no se asimile a la regalía con un tributo, es fundamental una reforma a la Ley de Minería, en la que se establezca con claridad la naturaleza de la regalía minera, para que a partir de ello, se delimite las competencias del Servicio de Rentas Internas y las demás atribuciones a él establecidas en esa norma. No puede ser aceptable que esta institución, cuyos fines son tributarios, este investido de todas sus facultades para el cobro de regalías mineras.

En virtud del despliegue administrativo y la eficiente labor que realiza el SRI en el cobro de tributos, es conveniente que entre esta institución y la administración minera exista convenios de cooperación para la recepción del pago de la regalía, pero con fines prácticos, no como mecanismo de extensión de las facultades del SRI, y con conciencia de la naturaleza no tributaria de la regalía minera.

Con relación a las declaraciones al SRI que refiere la ley, deberían tener un carácter netamente ilustrativo para su pago, y cualquier disconformidad o anomalía debería ser advertida y analizada por la autoridad minera competente, como auténtico organismo de control natural en la materia.

Resulta plausible que el Estado en virtud de su facultad de *imperum* sancione la falta de pago de las regalías con la caducidad del contrato, sin embargo, el vincular la actual denominación de evasión con todas las facultades del SRI, se presta para la

---

<sup>250</sup> Las autoridades en materia minera son el Ministerio Coordinador de Sectores Estratégicos, el Ministerio de Recursos No Renovables, la Agencia de Control Minero, la ENAMI, y el Instituto Nacional de Investigación Geológico, Minero y Metalúrgico.



interpretación de que bajo este supuesto exista un ilícito tributario. Por lo tanto es preferible sustituir el término evasión por la falta de pago.

### **3.6.5 Confusión entre la regalía minera proveniente de la explotación de minerales metálicos y tributo**

En relación a las regalías provenientes de la minería metálica, en los reglamentos se asimilan con un tributo al hacer referencia directa a sujetos pasivos - en vez de concesionarios-, y a las aparentes facultades fiscalizadora y determinadora del SRI. En el artículo 92 se establece que en caso de que no se realice la declaración, liquidación y pago de las regalías en el plazo previsto por el SRI, se deberá calcular, liquidar y pagar los intereses de mora que correspondan conforme a lo previsto en el Código Tributario.

Para conocer si estos tres actos -declaración, liquidación y pago- no se efectuaron en el plazo establecido por el SRI, esta institución deberá hacer uso de su facultad fiscalizadora; y en el supuesto de que se confirme el incumplimiento, conforme manda la norma, deberá emitir un acto administrativo en el que se determine el monto adeudado más los intereses de mora previstos en un cuerpo normativo que rige para materia tributaria como es el Código Tributario.

En aquél se establece que la obligación tributaria que no fuera satisfecha en el tiempo que la ley establece, causará a favor del respectivo sujeto activo y sin necesidad de resolución administrativa alguna, el interés anual equivalente a 1.5 veces la tasa activa referencial para noventa días establecida por el Banco Central del Ecuador, desde la fecha de su exigibilidad hasta la de su extinción. Este interés se calculará de acuerdo con las tasas de interés aplicables a cada período trimestral que dure la mora por cada mes de retraso sin lugar a liquidaciones diarias; la fracción de mes se liquidará como mes completo.

Si bien este sistema de cobro de intereses se aplica también para todas las obligaciones en mora que se generen en la ley a favor de instituciones del Estado, -ya que el título de crédito reemplaza al requerimiento en mora porque contiene la orden de cobro- el porcentaje de intereses no es consistente con la naturaleza de la relación que da origen a la obligación de pago de regalía. Esto, en razón de que el pago de la regalía minera surge a consecuencia de una obligación contractual, por lo que el interés

de mora debería ser el estipulado en el contrato o según establezca la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera para este tipo de actividad.

### **3.6.6 Asimilación de la regalía minera proveniente de la explotación de áridos y pétreos con figuras tributarias**

Para el caso de las regalías provenientes de los áridos y pétreos, existe consenso -de manera reciente- que los GADs municipales y metropolitanos son quienes deben encargarse de su regulación, gestión y control. Es sumamente cuestionable que solamente a partir del 8 de enero del 2015, a la espera de una resolución, ellos puedan ejercer de manera plena su competencia exclusiva.

El Reglamento Especial para la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos, y la Resolución del Consejo Nacional de Competencias, entraron en vigencia respectivamente en los años 2012 y 2015; dos y cinco años después de la promulgación del COOTAD. Esto afecta directamente a la autonomía financiera de los GADs, en virtud de que por muchos años no pudieron gestionar de manera directa las regalías que por disposición constitucional y legal les correspondía.

Si bien de acuerdo al COOTAD, que es el cuerpo normativo especial que regula a los GADs, se establece que las nuevas competencias exclusivas constitucionales se asumirán e implementarán de manera progresiva conforme lo determine el Consejo Nacional de Competencias. Esta limitación pone en duda el postulado que el Ecuador es un Estado que se organiza de manera descentralizada, en el que los GADs gozan de autonomía política, administrativa y financiera, sin significar que posean un poder absoluto de legislación y de gobierno.

El hecho de que en el COOTAD no existan lineamientos claros en base a los límites o los parámetros que deben ser incluidos en las ordenanzas, ocasiona que cada GAD municipal regule el tema de acuerdo a su criterio, que para el caso ecuatoriano puede llegar a plasmarse en 221 ordenanzas diferentes. Como se pudo apreciar de las ordenanzas analizadas, existe un grupo que continua asimilando a las regalías con tributos como las tasas y otro que las distingue pero en su redacción aún se incurre en errores. Este error se genera no solamente por la ausencia de normas que regulen la materia en el COOTAD, sino también por la falta de claridad en la Ley de Minería y su reglamento.

El mayor conflicto que se puede suscitar con relación a las administraciones locales es en los gastos que tienen que incurrir en el caso de controversias por un error en la diferenciación entre un tributo y una regalía. Para el caso ecuatoriano, es incuestionable la disparidad en el grado de desarrollo que existe entre los GADs municipales, por lo que un conflicto entre titular mineros y ciertos GADs puede representar casi toda la asignación presupuestaria anual. A su vez resulta importante incluir parámetros de homologación para que no existan procesos administrativos y de resolución de controversias disímiles. Por ejemplo, podrían iniciarse procesos coactivos tributarios para el cobro, o proponerse demandas ante el Tribunal Contencioso Tributario, en el caso de que no se determine con claridad la naturaleza de la regalía.

Es verdad que gracias a la autonomía administrativa y financiera los GADs municipales poseen poder tributario derivado y potestad de imposición con relación a las tasas y a la contribución especial de mejora, y únicamente potestad de imposición con relación a otros tributos; sin embargo la competencia es totalmente distinta con la potestad de la regular, gestionar y controlar la explotación de áridos y pétreos.

Resulta pertinente una capacitación a todos los GADs acerca de la diferenciación entre una regalía minera y los tributos como las tasas. Esto es necesario teniendo en cuenta las diferentes realidades entre todos los GADs municipales. Es indiscutible que no todos cuentan con las mismas asignaciones, por lo que no tienen departamentos especializados en recaudación fiscal -cosa que sería lo ideal-, no obstante esta carencia departamental puede ser suplida con buenas capacitaciones a las personas encargadas de redactar las ordenanzas, del cobro y la cuantificación del pago de las regalías.

### **3.6.7 Errores en el ámbito presupuestario**

En el ámbito presupuestario el desconocer la verdadera naturaleza de la regalía minera acarrea que existan errores en la asignación de los ingresos que se prevén y el monto máximo de gastos que se aprueba. Se deben respetar las partidas presupuestarias que han sido asignadas y la disposición constitucional de que los egresos permanentes se financian con ingresos permanentes. Por lo tanto una regalía minera debe

consignarse bajo los ingresos que provienen de los recursos patrimoniales del Estado y no del poder tributario, por lo que con ellas, por ejemplo, no se deben pagar sueldos de funcionarios públicos.

El conocer la verdadera naturaleza de la regalía minera permite no solo un mejor desarrollo normativo y procesal, sino que también es importante en el ámbito presupuestario. Para ello es necesario que las personas que realicen el Presupuesto General del Estado conozcan a profundidad temas como recursos, ingresos y gastos públicos. La correcta asignación de los ingresos según su naturaleza debe direccionar también su asignación correlativa en los gastos, asunto no menor, si es que finalmente la minería a gran escala se desarrolla en el Ecuador, y los ingresos por regalías pasan a representar una porción significativa en el presupuesto general del Estado.

### **3.6.8 Conflicto frente a la vía de resolución de controversias**

A más de lo expuesto, el conflicto de mayor importancia en lo referente al régimen fiscal de la regalía minera es el determinar la vía de solución de controversias, la normativa aplicable y la autoridad que debe resolverlas.

La confusión de considerarla como tributo generaría la interrogante de si se debe acudir primero ante instancias administrativas del SRI, posteriormente ante el Tribunal Contencioso Tributario y si la normativa aplicable sería la tributaria. De considerar que fuere de naturaleza tributaria, en el caso de inversión extranjera, también debería analizarse Tratados Bilaterales de Inversión con relación a las cláusulas de estabilización tributaria, en donde los porcentajes por concepto de regalía no podrían modificarse. De igual forma para las cláusulas de resolución de controversia que estipulan arbitraje, en donde la obligación tributaria no puede ser resuelta mediante este método.

Se rechaza la categorización de la regalía como tributo, confirmando su naturaleza contraprestacional, por la cual debe el Estado recibir una compensación por la limitación que sufre a su derecho de dominio de los recursos naturales no renovables, en este caso minero. Por lo tanto, de suscitarse controversias se deberá estar a lo estipulado en el contrato, que si se somete a la jurisdicción de jueces

ecuatorianos, requerirá previsiblemente acudir a las instancias administrativas en materia minera, y posteriormente al Tribunal Contencioso Administrativo.

El resolver el conflicto acerca de la vía de solución de controversias, la normativa aplicable y la autoridad competente, depende de identificar con claridad la naturaleza jurídica de la regalía minera. Así con normativa clara, que no se preste para confusiones entre regalía y tributo, el primer paso que hay que realizar es remitirse al contrato de concesión minera.

En el supuesto de que exista cláusula arbitral, o cláusula especial para la resolución de controversias, en este escenario, se deberá estar a lo pactado en ella. El hecho de que la regalía minera no tenga naturaleza tributaria, permite que los efectos de la obligación sea arbitrable.

Así también, entendido el pago de la regalía minera como una obligación contractual, que se suscribe al tenor de la ley, en el supuesto de que el porcentaje se modifique a consecuencia de una fluctuación repentina de los precios de los minerales o externalidades del mercado, las partes podrían exigir una renegociación contractual a consecuencia de la teoría de la desproporción contractual.

Los argumentos que anteceden sirven para demostrar que la categorización de la regalía en el mundo jurídico es mucho más que un tema semántico o puramente doctrinario. Esa clasificación, si técnicamente hecha, tiene efectos profundos en cuanto al aprovechamiento de la regalía y su tratamiento fiscal. En último término, el eliminar la ambigüedad es siempre un mecanismo esencial para la preservación de la seguridad jurídica.

## CONCLUSIONES

La investigación realizada acerca de la problemática fiscal en torno a la naturaleza jurídica de la regalía minera en el Ecuador permite concluir, principalmente, que en el desarrollo normativo de dicha figura, tanto en el Ecuador como en otros países, existe confusión entre tributo y regalía. Esta errónea asimilación genera que se susciten un sin número de conflictos que se han detallado a lo largo del presente trabajo.

Si bien esta investigación ha permitido demostrar que la naturaleza jurídica de la regalía minera, desde un análisis doctrinario profundo, corresponde a una naturaleza contra-prestacional que solamente se produce en el caso de existir un acuerdo de voluntades entre el titular de dominio de los recursos minerales –el Estado- y un tercero al que se le otorga el derecho de beneficiarse de la utilización; aún existe confusión de esta figura con un tributo. A consecuencia del acuerdo (ausente en la relación tributaria) mediante el cual se limita el derecho de uso del Estado, surge la obligación del tercero de pagar una suma de dinero o entregar en especies el porcentaje que le corresponde al titular del derecho de propiedad.

Es necesario tener presente que el origen de la regalía se retrotrae a la época de la Corona, que en su configuración está presente de manera latente un estrecho vínculo económico. La regalía es una contraprestación exigible a un tercero en virtud del ejercicio del derecho de uso y/o disfrute que concede el titular de un bien a aquél; o de manera similar, es una contraprestación exigible de carácter compensatorio que merece el titular de un bien por el hecho de abstenerse de usar y/o disfrutar una cosa que es de su propiedad. En el caso específico de la regalía minera, esta consiste en la erogación económica o en especie, que debe cancelar el titular de un derecho minero al Estado, en calidad de compensación, como una consecuencia de la contraprestación que recibe al beneficiarse de la actividad minera y que el Estado le permite hacerlo. Este concepto debería ser adoptado por la legislación ecuatoriana, para que a partir de aquel, se desarrollen postulados normativos claros y adecuados para la materia.

El dominio de los recursos naturales no renovables le compete al Estado ecuatoriano y con relación a los recursos minerales, se sigue la teoría de la separación que distingue y separa la propiedad del suelo y subsuelo. A pesar de que en el texto constitucional se dispone que se constituirán empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos y el aprovechamiento sustentable de recursos naturales, y

parecería que rige un subsistemas dominial socialista, por el hecho de permitir de manera excepcional que iniciativa privada participe de los beneficios de los recursos mineros, rige un subsistema dominial regalista.

Para que la explotación minera pueda alcanzar niveles de éxito que a su vez permitan avances en el ámbito social y económico, se requiere no solo de la existencia de yacimientos suficientes, sino de otros componentes como: instituciones públicas comprometidas con el servicio público, políticas públicas idóneas y un marco jurídico que denote seguridad jurídica para inversionistas. Por eso resulta importante desentrañar la naturaleza fiscal de la regalía minera.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se identifica la figura de la regalía minera; sin embargo, no hay una aclaración explícita del recurso público al que recurre el Estado y al cual se adscribe. Esto supone la aparente coexistencia de las dos conceptualizaciones de la regalía minera (contraprestacional-tributaria) que resultan incompatibles entre sí puesto que cada una nace de diversos recursos públicos. Esta confusión genera su incorrecta regulación en el ordenamiento jurídico, así como diferentes efectos perjudiciales tanto para la administración como para el administrado.

La regalía minera, entendida tanto como tributo, o como contraprestación por lo que se exige un pago a consecuencia de la suscripción del contrato, representa un ingreso público potencial y consiste en una erogación que se realizará al Estado. No obstante, mientras que la obligación de pago de un tributo surge solamente a consecuencia del cumplimiento de un mandato legal, la obligación de pago de una contraprestación se produce como resultado de la celebración de un contrato, por lo que la relación entre el Estado y el particular se rige por una normativa distinta a la del derecho tributario.

Para el caso de regalías de origen legal y los tributos, la diferenciación fundamental radica que en el caso de la primera el Estado recurre a sus recursos patrimoniales originarios, para que asumiendo la calidad de titular de un bien, y cumpliendo con otra potestad derivada de la ley, otorgue a un tercero un derecho de uso y/o de disfrute, y de manera correlativa, exija una compensación por la limitación que sufre en el derecho de dominio del bien. Mientras que para imponer tributos el Estado debe hacer uso de su poder tributario. En el caso de la regalía debe haber una concurrencia de voluntades por el que se acuerde el pago de una contraprestación o

compensación a consecuencia de una limitación en la propiedad de un bien, respetando en todo momento lo que determina el ordenamiento jurídico interno de cada Estado.

Otro punto que merece la pena ser resaltado es que configurada la relación jurídico tributaria, en virtud de las facultades otorgadas al Estado en su calidad de acreedor, no existe un tratamiento equitativo ni igualitario con relación al contribuyente. Mientras que configurada la relación que da lugar al cobro de una regalía se habla de acuerdos en donde las partes, independientemente de si se encuentran reguladas por el derecho público o privado, buscan una verdadera relación entre iguales, o al menos, de menor desigualdad que una relación típica tributaria.

Es importante recalcar el hecho de que el pago de una regalía se ordene conforme a lo establecido en ley, no puede confundirse con el poder impositivo del Estado con relación a los tributos. Como se ha comentado a lo largo de este análisis, si bien los dos consisten en prestaciones patrimoniales que se pagan al Estado, quien debe pagar una regalía minera lo hace porque voluntariamente se coloca en una posición de hacerlo a consecuencia de solicitar que se le otorgue una concesión minera. El pago de una regalía tiene un origen de carácter contractual. Si bien ambas partes deben dar cumplimiento a ley -como todo ciudadano sometido a un Estado de Derecho y en cualquier relación contractual de objeto lícito-, en este supuesto existe un consenso previo que se plasma a través de cláusulas que gobiernan la nueva relación jurídica, pudiendo variar para cada caso en concreto.

Las inconsistencias normativas en el Ecuador se dan respecto de normas de ámbito nacional y seccional. La falta de técnica legislativa y el empleo de términos de ámbito tributario respecto de la regalía hacen difícil definir el alcance de las consecuencias jurídicas asignables a sujetos obligados al pago. El tratamiento disímil en minería cuyo control se asigna a los GADs, genera confusión, dificulta el ejercicio de la actividad minera por los particulares, y el aprovechamiento de la regalía para aquellos gobiernos seccionales.

Finalmente, el asignar un carácter definitivo y explícito a la regalía minera tiene alcances cruciales para la actividad minera. Esto permite definir claramente la autoridad de control, dilucidar la competencia exclusiva para dirimir conflictos con los concesionarios, someter diferendos a la jurisdicción arbitral, y evaluar de manera certera las responsabilidades asociadas al ejercicio de dicha actividad. En suma, es un paso necesario en el esfuerzo nacional de lograr que la minería sea un pilar más



determinante en el desarrollo, así como para cumplir con el derecho y principio de la seguridad jurídica.

## Bibliografía

### Publicaciones

- Ahumada, Guillermo. *Tratado de Finanzas Públicas*, tomo I, 9a. ed. Argentina: Plus Ultra. 1968.
- Arrioja Vizcaíno, Adolfo. *Derecho Fiscal*. México D. F: Editorial Themis, 1985.
- Arrubla, Jaime. *Contratos Mercantiles, Tomo II -Contratos Atípicos-*, 2a. ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1992.
- Ataliba, Geraldo. *Hipótesis de Incidencia Tributaria*. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 1977.
- Bateman, Alan. *Yacimientos Mineros de Rendimiento Económico*. Barcelona: Omega, 1968.
- Belaunde, Martín *Derecho minero y concesión*, 2a. ed. Perú: San Marcos, 2007.
- Bercovitz Rodríguez, Rodrigo y otros, coord. *Manual de Propiedad Intelectual*, 3a. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2006.
- Berliri, Antonio. *Principios de Derecho Tributario*, vol. I. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1964.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley No 20.026, Establece un impuesto específico a la actividad minera*. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2005.
- Bunge, Hugo. *Minería – Petróleo: última legislación argentina*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1984.
- Bustamente, Teodoro; Rommel Lara. *El Dorado o Caja de Pandora: Matices para pensar en la minería en el Ecuador*. Quito: FLASCO, Sede Ecuador, 2010.
- Del Barco Carrillo, Víctor. *Tributación Minera*. La Paz: Azul Editores, 2006.
- Carrió Genero. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Argentina: Abeledo-Perrot, 1979.
- Carrión Eguiguren, Eduardo. *Curso de Derecho Civil de los Bienes*, 5a. ed. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1987.
- Calafel. Jorge E. “Teoría General de la Concesión”. (s.n).  
<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr19.pdf>>
- Champaud, Claude “La Concesión Comercial.” *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* No3. (1963): 452/504.

- Cockburn, Ian. Franquicias y licencias: ¿Qué son y en qué medida pueden beneficiarnos? <<http://www.wipo.int/sme/es/documents/franchising.htm#cu>>.
- Derecho de Minería, Gases e Hidrocarburos. (s.n)  
<[http://distancia.upla.edu.pe/libros/derecho/09/DERECHO\\_DE\\_MINERIA\\_GASES\\_E\\_HIDROCARBUROS.pdf](http://distancia.upla.edu.pe/libros/derecho/09/DERECHO_DE_MINERIA_GASES_E_HIDROCARBUROS.pdf)>
- De la Garza, Francisco. *Derecho Financiero Mexicano*. México: Edit. Porrúa, 2006.
- De la Guerra, Eddy. *El Rol de los Ingresos Tributarios en las Finanzas Públicas Ecuatorianas*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013.
- Diccionario de la Real Academia Española. (2008) <<http://dle.rae.es/?id=VinLnwq>>
- Falcón Tella, Ramón. *Derecho Financiero y Tributario (parte general)*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2013.
- Flores Polo, Pedro, *Diccionario Jurídico Fundamental*, 2da. Ed. Lima: Grijley, 2002.
- Fonrouge, Giuliani. *Derecho Financiero*, Vol. 1, 3a. - 6a. ed. Buenos Aires: Depalma, 1983, 1997.
- Fonrouge, Giuliani. *Derecho Financiero*, Vol. II. Buenos Aires: Depalma, 1984.
- García. Luis Alonso “La protección de los derechos de propiedad industrial. Importancia y valor económico de las patentes y marcas.” Memorias del Taller Nacional de la OMPI sobre la propiedad intelectual y el uso de la información tecnológica como herramienta para el desarrollo, República Dominicana, 2003.  
<[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/es/ompi\\_pi\\_sti\\_03/ompi\\_pi\\_sti\\_03\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/es/ompi_pi_sti_03/ompi_pi_sti_03_3.pdf)>.
- García Novoa, César. *El Concepto de Tributo*. Lima: Tax Editor S.A, 2009.
- Goma, José Enrique. *Instituciones de Derecho Civil Común Floral*, 2a. ed. Barcelona: Bosch S.A, 2010.
- Holmes, Mark S. *Patent Licensing and Selling: Strategy, Negotiation, Forms*. Nueva York: Practising Law Institute, 2013.
- Jarach, Dino. *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 3a. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Trad. por Moisés Nilve. Buenos Aires: EUDEBA, 1965.
- Kratovil, Robert. *Real Estate Law*. Nueva York: Prentice-Hall Inc., 1946.
- Lavadero, Jorge. *Royalty, regalía o renta minera*. Santiago: Impresos y Ediciones Lafken Ltd., 2003.

- Lang, Michael. *Introducción al Derecho de los Convenios para evitar la doble imposición, Edición en español*, Diego Quiñones. Trad. Bogotá: Editorial Temis-IBFD, 2014.
- Lima de Moura, Guilherme. “La administración de los bienes minerales como fuerza motriz del desarrollo social”. *Foro: Revista de Derecho*. No. 21 (I semestre de 2014): 63-96.
- Lizano Gálvez, Yvett Jorg. *Manual de Derecho de Autor para Entidades Públicas*. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPÍ) – USAID, 2013.  
 <<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20787/320184/ManualDDA.pdf/a47482f0-a228-4426-a764-474ef9088ee8>.
- Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ta. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988.
- , *Tratado de Derecho Administrativo Tomo III b, Contrato Administrativos*. 2a. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983.
- Martino Mendiluce, Fernando. *Diccionario de conceptos económicos y financieros*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 2001.
- Marzorati, Osvaldo. *Derecho de los negocios internacionales*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 2003.
- Medrano Cornejo, Humberto “Hecho imponible y objeto del tributo”, en Cesar García Novoa, Catalina Hoyos, coord., *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI* Tomo I: 97-117. Madrid-España-Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.
- Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo III. Buenos Aires: EJE, 1954.
- Montaño, Cesar. *Manual de Derecho Tributario Internacional*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2006.
- , “Notas relevantes del Derecho Tributario Internacional Ecuatoriano Contemporáneo”. En Rubén Asorey, Fernando D. García. Dir. *Tratado de Derecho Tributario Internacional*, tomo III. Buenos Aires: La Ley, 2013.
- Neher, Jorge, “Es necesaria una nueva reforma minera para atraer inversionistas”, en Diario EL COMERCIO. 2016  
 <<http://www.elcomercio.com/actualidad/jorge-neher-reforma-mineria-ecuador.html>>.

- Nueva Enciclopedia Larousse, tomo VIII. Barcelona: Planeta. 1984.
- Ossa Bulnes, Juan Luis. *Derecho de Minería*, 3a. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Parada, Ramón. *Derecho Administrativo III: Bienes públicos; Derecho Urbanístico*. 12a. ed. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Pareja, Ignacio. “Métodos de valoración de intangibles”, *Cuadernos Latinoamericanos de Administración* Vol. IX, No.17. (2013): 29-47.  
 <[http://www.uelbosque.edu.co/sites/default/files/publicaciones/revistas/cuadernos\\_latinoamericanos\\_administracion/volumenIX\\_numero17\\_2013/04\\_articulo.pdf](http://www.uelbosque.edu.co/sites/default/files/publicaciones/revistas/cuadernos_latinoamericanos_administracion/volumenIX_numero17_2013/04_articulo.pdf)>
- Sanjinés, Claudio. *Curso de derecho minero: introducción al estudio de la legislación comparada*. La Paz: Imprenta Artística, 1940.
- Simone, Carmen Amalia. La Equidad en el Ecuador (ponencia), en *XI Jornadas Nacionales de Derecho Tributario: El principio de Equidad Tributaria en el Ecuador*.
- . *Régimen Tributario de la Minería en el Ecuador*, Material inédito. Quito: s.e, 2014.
- Sánchez, Carlos; Ternera Barrios, Francisco. “El dominio estatal”, *Revista Vniversitas* Vol. 119 (2009): 113 - 136
- San Martino, Laura. *Propiedad Intelectual y políticas de desarrollo*. Buenos Aires – Madrid: Edit. Ciudad Argentina, 2005.
- Soto Álvarez, Clemente. *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*, México: Limusa S.A, 2005.
- Troya, José Vicente. “De la actividad financiera y las ciencias que ellas tratan”, En *Manual de Derecho Tributario*. Quito: Documento actualizado a Agosto 2011 en versión digital sin publicar, 1997.
- . *Derecho Tributario Internacional*. Quito: Corporación Editora Nacional, 1990.
- Unidad de Gestión Territorial, *Diagnóstico Estratégico Minero*. (2011),  
 <<http://www.zamorachinchipe.gob.ec/otzch/documentos/DIAGNOSTICO%20MINERO.pdf>>.
- Universidad Peruana Los Andes. *Derecho de Minería, Gases e Hidrocarburos*. (s.f):  
 <[http://distancia.upla.edu.pe/libros/derecho/09/DERECHO\\_DE\\_MINERIA\\_GASES\\_E\\_HIDROCARBUROS.pdf](http://distancia.upla.edu.pe/libros/derecho/09/DERECHO_DE_MINERIA_GASES_E_HIDROCARBUROS.pdf)>.
- Valderrama, Pablo. “En torno al debate sobre la aplicación de un royalty o renta minera

- a la minería del Cobre”. Biblioteca del Congreso Nacional, Dpto. de Estudios, Extensión y Publicaciones No. 280. (2003).
- 〈[www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie\\_estudios/esolis/nro280/nro280.html](http://www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie_estudios/esolis/nro280/nro280.html)〉.
- Valdés Costa, Ramón. *Curso de Derecho Tributario*. Bogotá: Edit. Temis S.A, 1996.
- Vagts, Detlev F., William S. Dodge, Harold Hongju Koh, Hannah L. Buxbaum, *Transnational Business Problems*, 5a. ed. Estados Unidos: Foundation Press, 2014.
- Vergara Blanco, Antonio. *Instituciones de derecho minero* (Santiago: Abelardo Perrot, 2010).
- Vildósala, Jorge. *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*. Venezuela: Editorial Latina C.A, 1999.
- Villegas, Héctor. *Manual de finanzas públicas: la economía jurídicamente regulada del sector público en el mundo globalizado*. Buenos Aires: DEPALMA, 2000.

## **Normativa**

- Asamblea Constituyente del Ecuador, *Mandato Constituyente No. 6. Registro Oficial, Suplemento*, No. 321, 22 de abril de 2008.
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*, 1994.
- Bolivia, *Ley de Minería y Metalurgia*.
- Constitución de la República del Ecuador*, 2008.
- Constitución de la República Federativa de Brasil*, 1998.
- Constitución Política de la República de Chile*, 1980.
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. 2009.
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, 1971 enmendada en 1979.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 2007.
- Declaración de Río+20 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, 2012.
- Ecuador, Consejo Nacional de Planificación. “*Resolución No. CNP- 003-2013: Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017*”, 24 de junio de 2013.
- Ecuador, Consejo Nacional de Competencias: “*Resolución 004-CNC-06/11/2014.*” *Registro Oficial*, No. 411, 8 de enero de 2015.

- Ecuador, *Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización, Registro Oficial, Suplemento*, No. 303, 19 de octubre de 2010.
- Ecuador, Director del Servicio de Rentas Internas, “Resolución No. 446: Formulario 113 para la declaración y pago de regalías a la actividad minera.” *Registro Oficial, Suplemento*, No. 62, 20 de agosto de 2013.
- Ecuador, *Ley de Minería de 1991. Registro Oficial, Suplemento* No.695, de 31 de mayo de 1991.
- Ecuador, *Ley de Minería. Registro Oficial*, No. 157, 29 de enero del 2009.
- Ecuador, *Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, Registro Oficial*, No. 144, 18 de agosto del 2000.
- Ecuador, Ministerio de Recursos Naturales no Renovables. “Acuerdo Ministerial 323: Instructivo de Auditoría, Calculo de Regalías y Beneficios Actividad Minera Metálica de las Regalías.” *Registro Oficial* No. 657 (9 de marzo de 2012).
- Ecuador, *Ordenanza para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos que se Encuentran en los Lechos de los Ríos, Lagos, Playas de Mar, y Canteras Existentes en la Jurisdicción del cantón Echeandía, Registro Oficial ed. Especial*, No. 424, 23 de octubre de 2015.
- Ecuador, *Ordenanza para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos que se Encuentran en los Lechos de los Ríos, Lagos, Playas de Mar, y Canteras Existentes en la Jurisdicción del Cantón Girón, Registro Oficial ed. Especial*, No. 667, de 3 de agosto de 2016.
- Ecuador, *Ordenanza Municipal para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación y Transporte de Materiales Áridos y Pétreos en el Cantón Huamboya, Registro Oficial, Suplemento II*, No. 804, 25 de julio de 2016.
- Ecuador, *Ordenanza Municipal para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación y Transporte de Materiales Áridos y Pétreos en el Cantón Loja, Registro Oficial, Suplemento*, N. 425, 27 de enero de 2015.
- Ecuador, *Ordenanza para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos que se Encuentran en los Lechos de los Ríos, Lagos, Playas de Mar, y Canteras Existentes en la Jurisdicción del Cantón Paute, Registro Oficial, Suplemento*, No. 512, 1 de junio de 2015.
- Ecuador, *Ordenanza por Medio de la Cual el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba Asume e Implementa la Competencia de*

- Regulación, Autorización y Control de la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos en Lechos de Ríos, Lagos y Canteras, Registro Oficial, Suplemento II, No. 608, 15 de octubre de 2015.*
- Ecuador, *Ordenanza Municipal para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación y Transporte de Materiales Áridos y Pétreos en el Cantón Santiago, Registro Oficial No. 791, 6 de julio de 2016.*
- Ecuador, *Ordenanza Metropolitana para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos en el Distrito Metropolitano de Quito, Registro Oficial ed. Especial, No.424, 28 de diciembre de 2015.*
- Ecuador, *Ordenanza para Regular, Autorizar y Controlar la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos en el Cantón Zamora, Registro Oficial, No. 620, 4 de noviembre de 2015.*
- Ecuador, Procuraduría General del Estado. Consulta No. 14121, 30 de junio de 2013.
- Ecuador, Presidencia de la República: “Decreto Ejecutivo 1279: Reglamento Especial para la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos.” *Registro Oficial, Suplemento, No. 784, 7 de septiembre de 2012.*
- Ecuador, *Reglamento de la Ley de Minería de 1991. Registro Oficial, No.797, 24 de octubre de 1991.*
- Ecuador, *Reglamento General a la Ley de Minería. Registro Oficial, No. 67, 16 de noviembre de 2009.*
- Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.*
- Chile, *Ley 20.026. 2005.*
- Ministerio de Minería, Agencia de Regulación y Control Minero, Instituto Nacional de Investigación Geológico Minero Metalúrgico, *Plan Nacional de Desarrollo del Sector Minero, 2016..*
- Modelo de Código Tributario para América Latina.*
- Modelo de Convenio OCDE*
- Modelo de Convenio ONU.*
- Organización Internación del Trabajo, *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, No.169, 1989.*
- Perú, *Constitución de la República del Perú [1993]*
- Perú, *Ley de Regalía Minera.*
- Perú, *Reglamento de la Ley de Regalía Minera.*



## **Fallos**

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-027*, 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*,  
28 de noviembre de 2007

Corte Suprema de Texas, *Caso Brown v. Humble Oil & Refining Co*, 12 de Junio de  
1935.

Tribunal Arbitral, *Caso Copper Mesa Mining Corporation vs The Republic of  
Ecuador*, Laudo final 15 de marzo de 2016.